

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE

DROIT FRANÇAIS

DE L'OPPOSITION
AUX JUGEMENTS PAR DÉFAUT

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Charles VIVET

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le mercredi 14 mars 1894, à 1 heure

PRÉSIDENT : M. GARSONNET

SUFFRAGANTS :	{	MM. PLANIOL	{	PROFESSEURS.
		FAURE,		
		LESEUR, AGRÉGÉ.		

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1894

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

TOURS. — IMPRIMERIE, E. SOUDÉE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU DIVORCE

DROIT FRANÇAIS

DE L'OPPOSITION
AUX JUGEMENTS PAR DÉFAUT

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Charles VIVET

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le mercredi 14 mars 1894, à 1 heure

PRÉSIDENT : M. GARSONNET

SUFFRAGANTS : { MM. PLANIOL } PROFESSEURS.
 { FAURE, }
 { LESEUR, AGRÉGÉ. }

PARIS

LIBRAIRIE

DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS

ET DU JOURNAL DU PALAIS

L. LAROSE ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1894



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

THÈSE DE DROIT ROMAIN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552016_0016

LE DIVORCE

EN DROIT ROMAIN

PROLÉGOMÈNES

Le divorce est la rupture volontaire du mariage, chacun des époux reprenant sa liberté avec la faculté de contracter un nouveau mariage,

L'étymologie même du mot est des plus significatives ; au sens propre, « divortium », c'est le point d'intersection de deux routes qui s'écartent en des directions opposées (1) ; au sens métaphorique, (2) qui est le nôtre, c'est le fait de deux conjoints qui se séparent pour mener désormais une

(1) Virgile, Eneïde, IX, v. 279.

(2) Cicéron de Oratore, III, 40.

vie distincte ; (1) « quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt. » (2)

Tout au moins, telle est l'acception que le langage courant donne à cette expression ; mais les jurisconsultes romains lui en attribuent fréquemment une autre qu'il importe de connaître pour la parfaite compréhension des textes juridiques latins ; c'est celle dont parle Montesquieu (3) quand il explique ainsi ce qui distingue le *divorce* de la *répudiation* : « Il y a, dit-il, cette différence entre le divorce et la répudiation, que le divorce se fait par un consentement à l'occasion d'une incompatibilité mutuelle ; au lieu que la répudiation se fait par la volonté et pour l'avantage de l'une des deux parties indépendamment de la volonté et de l'avantage de l'autre. »

Considéré ainsi par rapport à la répudiation et opposé à elle, le divorce n'est plus que la dissolution du mariage consentie d'accord par les époux, tandis que la répudiation s'entend de la dissolution opérée par le fait de l'un d'eux seulement. (4)

Le mot « divorce » se trouve donc avoir, en droit romain, deux sens distincts, dont l'un embrasse l'autre ; — un sens générique (*divortium lato sensu*) qui comprend à la fois le

(1) Paul, Dig. fr. 191, De verb. sign. L. 16.

(2) Gaius, Dig. fr. 24, De divort. XLIV, 2, indique une seconde étymologie : « Divortium, vel a *diversitate mentium* dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. »

(3) Esprit des Lois, liv. 26, ch. 15.

(4) Gaius et Paul, (fr. 101 et 191, Dig. de verb. sign. L. 16) citent, entre le divorce et la répudiation, une autre différence qu'il nous suffit de constater ici : « *Divortium* inter virum et uxorem fieri dicitur ; *répudium* vero sponsæ remitti videtur. »

divorce *stricto sensu* et la répudiation : c'est toute dissolution du mariage arrivant par la volonté des époux ou de l'un d'eux ; — un sens spécifique (*divortium stricto sensu*) qui n'est qu'une partie du premier : c'est la dissolution du mariage arrivant par la volonté des deux époux. On dit alors souvent « divorce *bona gratia* ».

C'est au divorce *lato sensu* qu'est consacrée cette courte étude ; c'est à lui, sauf indication contraire, que se référeront les explications qui vont suivre.

Nous laisserons de côté le point de vue philosophique et politico-religieux : assez d'autres l'ont envisagé avant nous ; des milliers de brochures, de rapports, d'ouvrages de tous genre ont été écrits sur cette matière.

Notre rôle sera plus modeste.

Faisant œuvre exclusive d'historien et de jurisconsulte, nous rechercherons si la législation romaine admettait le divorce — à quelles conditions — sous quelles formes — à quels effets.

Et, parce que cette législation embrasse près de quinze cents ans et qu'elle a subi fatalement, durant un aussi long espace de temps, des modifications nombreuses et essentielles, nous la diviserons en cinq périodes pour chacune desquelles nous étudierons successivement ces diverses questions :

1^{re} Période. — Avant la loi des XII Tables.

2^e — De la loi des XII Tables à Auguste.

3^e — D'Auguste aux empereurs chrétiens.

4^e — Les empereurs chrétiens.

5^e — Justinien.

CHAPIRE PREMIER

AVANT LA LOI DES XII TABLES

Sur l'époque antérieure à Romulus, les documents précis font défaut. Tout porte à croire, cependant, que, dès ces temps reculés, le divorce était en usage chez les peuples qui habitaient alors le territoire de la future Rome.

Il est à remarquer, en effet, qu'il était admis par toutes les législations primitives, aujourd'hui connues.

C'est ainsi, sans parler de la Chine et du Japon, qu'on le retrouve chez les Iraniens et chez les Indiens ; voici notamment, dans les lois de Manou (1), un passage des plus expressifs à cet égard : « La femme stérile sera répudiée au bout de 8 ans ; celle dont les enfants sont morts, au bout de 10 ; celle qui n'a pas d'enfants mâles, au bout de 11 ; celle qui parle avec violence pourra être renvoyée sur le champ. »

Il en était de même chez les Hébreux : « Si acceperit homo

(1) Liv., IX, p. 137, § 8.

u xorem et habuerit eam et non invenerit gratiam ante oculos ejus propter aliquam fœditatem, scribet libellum repudii, et dabit in manu illius, et dimittet eam de domo sua. » (1).

De même encore chez les Égyptiens, chez les Grecs, etc., etc. (2).

Il est fort vraisemblable, par suite, que l'Italie n'échappait pas à cette règle générale.

On a même cru en découvrir une preuve formelle dans un texte de Plutarque dont nous aurons bientôt à nous occuper longuement. Parlant des lois établies par Romulus en matière de divorce, cet historien les qualifie de « *dures*. » — Pourquoi « *dures* » ? dit un érudit des plus sagaces et des plus consciencieux (3). — Pourquoi « *dures* » ? sinon, parce qu'elles apportaient des entraves à l'état de choses existant, et que, le divorce étant libre et facile avant elles, elles y apportaient des restrictions rigoureuses.

Ce qui est indéniable, en tous cas, c'est que le divorce existait à l'époque de Romulus et fut réglementé par lui.

Des textes nombreux en font foi : il suffit de rappeler le passage de Plutarque dont nous venons de parler.

Vainement a-t-on prétendu lui opposer un fragment de Denys d'Halicarnasse ainsi conçu : « Romulus n'avait accordé

(1) Dentéronome, 24, 1.

(2) Voyez au surplus, sur tous ces points qui dépassent notre sujet : Marius Fontane, hist. univ. les Egyptes p. 142 et 367 ; l'Inde Védique p. 67 ; les Iraniens p. 117 ; Glasson, le mariage civil et le divorce p. 139, 146 et 151 ; Jacolliot, la Bible dans l'Inde p. 35 et 42 ; Guillaume Poulle, Le Divorce, introduction p. 1-11.

(3) Picinelli, La Evolutione storico-giuridica del divorzio in Roma da Romulo ad Augusto, Archivio Giuridico, XXXIV, p. 449.

au mari aucune action contre sa femme qui s'était rendue coupable d'adultère ou qui avait sans motifs abandonné le domicile conjugal, aucune action à la femme qui avait accusé son mari de mauvaise administration ou qui lui avait reproché de l'avoir répudiée injustement : à l'un, aucune action en apport de la dot ; à l'autre, aucune action en restitution des biens dotaux. Il n'avait établi aucune règle en ces matières, mais il avait porté une loi qui pouvait pourvoir à tout et permettait de retenir les femmes dans une grande modestie. Cette loi portait que la femme passée sous la manus du mari participait à ses biens et à ses sacra. »

Loin de prouver que Romulus eût interdit, d'une façon absolue, la répudiation par le mari, ce texte démontre, au contraire, qu'il l'avait permise puisqu'il y parle de « répudiation injuste », — ce qui suppose, a contrario, qu'il pouvait y avoir des répudiations légitimes.

Mais si le principe de l'existence du divorce à Rome durant cette période est incontestable en lui-même, il n'en va pas de même de ses applications qui soulèvent, elles, les plus vives controverses.

— Dans quel cas le divorce était-il admis ?

— Sous quelles formes ?

— Quels en étaient les effets ?

Autant de questions qui divisent les romanistes et qu'il nous faut brièvement examiner.

SECTION I. — *Dans quels cas le divorce était-il permis ?*

§. 1

— Il y a d'abord toute une catégorie de mariages que l'on a prétendu absolument indissolubles : (1) ce sont ceux qui étaient accompagnés d'une *confarreatio*.

On sait ce qu'était la *confarreatio* : réservée aux seuls patriciens et destinée à donner au mari la *manus* sur sa femme, elle consistait dans un sacrifice accompli par la flamine diale ou grand pontife de Jupiter, selon des rites et des formules solennelles, en présence de dix témoins, la femme tenant un pain de froment (*farreus panis* : d'où le nom de *confarreatio*, Gaius I, 112).

Deux arguments ont été invoqués pour soutenir que le divorce ne pouvait exister entre époux ainsi unis :

D'abord un passage de Denys d'Halicarnasse (11, 25), dont voici la traduction latine : « Quæ lex hoc erat : uxorem quæ nuptiis sacratis (*confarreatione*) in manus mariti convenisset, communionem cum eo habere omnium bonorum et sacrorum. »

Ensuite le caractère religieux de la *confarreatio* : un lien que l'intervention divine a consacré ne pouvait être aucunement rompu.

Mais il est facile de répondre à cette double argumentation :

(1) Cpr. Accarias, 97-4^e note.

En ce qui concerne le texte de Denys d'Halicarnasse : — il suffit de le lire pour constater qu'il parle exclusivement d'une union *complète*, et nullement d'une union *perpétuelle* ; il est donc complètement étranger à la question qui nous occupe et ne peut, par suite, servir à la trancher.

Quant au caractère religieux de la cérémonie : — c'est une considération qui n'est d'aucun poids quand il s'agit des lois romaines ; sans doute elles tinrent toujours, surtout à l'origine, la religion en grand honneur, mais en tant seulement qu'elle pouvait servir au bien de l'Etat, but suprême de tous leurs efforts (1).

Il y a, au reste, une objection capitale à laquelle se heurte cette théorie et qui en démontre la fausseté de la façon la plus évidente : c'est l'existence de la *diffareatio*, solennité dont l'objet est de détruire la manus créée par la *confarreatio*. Comment peut-on prétendre que cette *confarreatio* est un obstacle à la dissolution du mariage, puisque elle-même peut être dissoute ?

Il y a cependant un mariage accompagné de *confarreatio*, qui, par exception, n'est pas susceptible de divorce : c'est celui du flamine dial. Ainsi, du moins, le déclare Aulu Gelle (X, 15 § 23) « *matrimonium flaminis, nisi morte, dirimi, non est jus.* »

C'est une conséquence de l'obligation où était ce flamine dial de toujours être marié : la mort de sa femme lui faisait perdre ses fonctions, pour la même raison, le divorce était interdit (Festus, V^o Flamen.)

(1) Picinelli, op. citat. p. 441:

Singulière exigence de la religion romaine ! qu'il est piquant de rapprocher de la nécessité imposée aux vestales de conserver leur virginité à peine d'être enterrées vivantes.

§ 2.

— Hormis donc ce cas exceptionnel du flamme de Jupiter, il n'est pas de mariage qui, en soi, ne puisse être dissous : — le problème est seulement de savoir à quelles conditions.

Il importe, pour en trouver la solution, de distinguer entre les deux espèces de divorces *lato sensu* que nous avons indiquées : la répudiation d'une part, le divorce *bona gratia* de l'autre.

A. — RÉPUDIATION

Le texte de Plutarque, déjà plusieurs fois cité, est des plus explicites à cet égard.

En voici la traduction latine : *constituit quoque leges quasdam quarum illa dura est, quæ uxori non permittit divertire a marito, at marito permittit uxorem repudiare propter veneficium circa prolem vel falsitatem clavium, vel adulterium commissum ; si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum ejus partem uxoris fieri, partem cereri sacram esse jussit ; qui autem venderit uxorem, diis inferi immolari.* » (1)

(1) "Εθηκε δὲ καὶ νόμους τινάς ὧν σφοδρὸς μὲν ἔστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν· εἰ δ' ἄλλων τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων· τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς :

De ce texte il résulte clairement qu'il faut mettre à part — le cas de répudiation par la femme — et celui de répudiation par le mari.

I. *Répudiation par la femme.* — Il n'était jamais permis à la femme, quoi qu'il arrivât, de répudier son mari,

C'était là une disposition rigoureuse et d'une inégalité choquante pour la femme : — pourquoi donc ne lui avoir pas accordé les mêmes droits qu'au mari ? pourquoi ne lui avoir pas reconnu le droit de répudiation dans les circonstances où ce droit était accordé à son conjoint ?

La raison en est fort simple : il suffit de se rappeler quelle était à cette époque primitive l'organisation de la famille et quelle situation respective y occupaient le mari et la femme.

C'était le temps où florissait la manus ; alors il n'y avait pas de *justæ nuptiæ sine manu*, ou tout au moins, s'il en existait, c'était l'infime exception (1).

Or, par suite de la manus, la femme était « *loco filiæ* » (2), elle était considérée comme étant sous sa puissance paternelle ; il y avait entre eux les rapports de père à fille.

Si l'on se souvient d'autre part que le *paterfamilias* seul, à l'exclusion de ses enfants, a le droit de rompre la puissance paternelle, on arrive à cette conséquence que le mari

(1) La question est des plus controversées — pour certains auteurs voy. notamm. Picinelli, op. citat. p. 444, etc., il n'y eut pas, avant les XII Tables, de mariage *sine manu* — pour d'autres, au contraire, voy. notam. Accarias, 120, la manus ne fut à aucune époque la conséquence immédiate et nécessaire du mariage. Nous ne pouvons que signaler cette intéressante controverse dont l'étude nous entrainerait hors du cercle étroit de ce travail.

(2) Gaius, I, 111 et 114.

seul, à l'exclusion de la femme. a le droit de rompre la manus et les *justæ nuptiæ* qu'elle accompagne.

II. — *Répudiation par le mari.* — Elle n'était possible que dans certains cas limitativement déterminés.

Pourtant, par suite de l'organisation de la famille romaine telle que nous venons de la décrire, le mari aurait dû toujours avoir, à l'inverse de la femme, la faculté de briser la manus et le mariage sans motif, à son pur gré, quand la fantaisie lui en aurait pris.

Mais Romulus, mû par de hautes considérations que nous aurons bientôt à rechercher, en décida autrement ; il mit à cette faculté d'étroites restrictions, ajoutant que tout mari qui renverrait sa femme dans des circonstances autres que celles qu'il fixait, serait privé de la totalité de ses biens, dont moitié irait à la femme elle-même, et moitié serait consacrée à Cérès.

Sanction énergique entre toutes qui, prenant les maris par la famine, devait les faire profondément réfléchir avant d'encourir une mesure de répression aussi rigoureuse !

Reste à examiner dans quel cas Romulus autorisait ainsi, par exception, le mari à répudier sa femme.

Ces cas étaient au nombre de trois :

1° *Veneficium circa prolem* ;

2° *Falsitatem clavium* ;

3° *Adulterium commissum* ;

1° *Veneficium circa prolem.* — Que faut-il entendre par là ?

Bien des auteurs (1) se sont évertués à déchiffrer cette

(1) Voy. notam. Rein, *das Criminal recht. der Römer von Romulus bis auf Justinianus* p. 447 n. z.

mystérieuse formule ; sans entrer dans les discussions surtout grammaticales et littéraires qu'elle a suscitées, nous inclinons à croire, avec M. Picinelli (1), qu'elle vise le crime de sorcellerie en général. Romulus, et après lui Plutarque, n'auraient parlé des enfants qu'à cause de la croyance alors fort répandue (3) que les sorcières exerçaient surtout leur magie contre les enfants.

2° *Falsitatem clavium*. — Là encore des controverses nombreuses ont surgi sur le sens exact à donner à cette expression.

Certains (3), la prenant dans son acception propre, ont prétendu qu'il s'agissait ici du cas où la femme avait falsifié des clefs, quelles qu'elles soient.

Mais une opinion bien plus ingénieuse s'est fait jour récemment et paraît aujourd'hui l'emporter.

Elle rapproche, pour l'expliquer, ce texte de Plutarque, d'un passage de Denys d'Halicarnasse dont voici la traduction latine : « De his cognoscebant cognati cum marito : de adulteriis et si qua *vinum bibisse* argueretur ; hoc utrumque enim morte punire Romulus concessit » (4).

Dans cette opinion, les mots dont s'est servi Plutarque « κλειδῶν ὑποβολή » seraient synonymes de ceux employés par Denys d'Halicarnasse « οἶνον πινεῖν ».

(1) Op. cit. p. 433.

(2) Cpr Pline, Hist. nat. IX, 39, 232, et Ovide, les Fastes, VI, 131.

(3) Voy. notamm. Padelletti, Storia del Diritto Romano, XIII, n. 1 p. 120.

(4) Ταῦτα * οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἤν φθορά σώματος, καὶ — εἴ τις οἶνον εὐρεθείη πιούσα γυνή· ἀμφοτέρω γὰρ ταῦτα θανάτῳ ζημιούν συνεχώρησεν ὁ Ῥωμύλος :

Voici par suite de quel raisonnement habile on est amené à cette conclusion curieuse, qui, de prime abord, paraît singulièrement osée.

Il faut partir de cette idée que l'usage du vin, pour des motifs sans de haute moralité, était alors complètement interdit aux femmes.

Les historiens et les conteurs romains sont des plus catégoriques sur ce point ; « Non licebit feminis bibere », dit Pline Hist. Nat. XIV-13) ; et Valère Maxime ajoute : « Vini usus olim romanis feminis ignotus fuit : ne in aliquid dedecus prolaberentur, quia proximus a Libero patre intamperiae gradus ad inconcessam venerem esse consuevit » : l'ivrognerie mène à la débauche ; il faut donc empêcher l'ivrognerie pour prévenir la débauche.

Aussi des précautions nombreuses étaient-elles prises pour obliger les femmes à respecter cette défense de boire.

C'est ainsi qu'à la différence des clefs du garde-manger qu'elle avait entre les mains, celles du cellier devaient toujours rester en la possession du mari (1).

C'est ainsi encore, nous racontent Festus V° Osculum et Pline, Hist. Nat. XIV-13), qu'elles devaient présenter leurs lèvres à tous leurs parents, afin qu'à l'odeur de leur haleine on pût s'assurer si la loi n'avait pas été transgressée : « Propinquos feminis osculum dare, ut scirent an temetum est (id vinum) olerent. »

Malheur à la femme qu'on constatait avoir violé la prohibition !

1 Voyez notamment Polybe, VI, 25.

Qu'elle soit condamnée sans pitié, dit Aulu-Gelle, Nuits attiques X. 23) ; il faut se montrer inexorable pour elle. Romulus (1) donne au tribunal domestique composé de ses parents et de son mari, le droit de la condamner à mort ; et même, un certain Egnatius Metellus ayant été traduit devant lui pour avoir tué à coups de bâton sa femme qu'il avait surpris en train de boire au tonneau, il le renvoya absous de l'accusation portée contre lui.

Tous ces détails de mœurs expliquent dès lors leur rapprochement qu'on a fait entre ces deux fragments de Plutarque et de Denys d'Halicarnasse : les clefs dont parle Plutarque comme ayant été fabriquées par la femme, ce sont celles du cellier ; et, si la femme les a fabriquées, ç'a été pour boire ; — si bien qu'en définitive le cas qui est ici prévu n'est autre que celui de l'ivrognerie de la femme (1).

3° *Adulterium commissum* : pas de difficulté ici sur la nature du délit visé. Il s'agit de l'adultère commis par la femme.

B. — DIVORCE BONA GRATIA

Durant la période qui va de Romulus à la loi des XII Tables, les conjoints pouvaient-ils mettre fin, d'accord, à leurs *justæ nuptiæ* ?

Question très difficile sur laquelle nous ne possédons aucun

(1) Voyez le passage précité de Denys d'Halicarnasse.

(2) Voyez notamment, Picinelli, op. citat. p. 430, et Voigt, die XII Tafeln 1, § 6, p. 31 et 60.

texte formel et que, par suite, on ne peut résoudre que par voie de pure déduction.

De là, entre les auteurs, des divergences profondes.

Pour l'affirmative (1), on invoque le principe général du droit romain que tout contrat issu de la volonté des parties peut se dissoudre de même.

La négative nous semble cependant s'imposer, si l'on tient compte des considérations qui paraissent avoir inspiré Romulus dans sa législation sur le divorce. Si c'est en effet, ainsi que nous essaierons bientôt de la démontrer, en vue d'accroître la population de la cité naissante, que le fondateur de Rome avait apporté d'étroites restrictions au droit de répudiation des époux, le but poursuivi par lui aurait été manqué si ces époux avaient pu, en rompant leur mariage par un simple consentement, transformer ainsi une union durable en une union éphémère, peu favorable à la procréation des enfants.

§ 3.

— L'idée fondamentale des lois de Romulus, telle qu'elle se dégage du texte de Plutarque et des développements qui précèdent, c'est effectivement que l'indissolubilité du mariage devait être considérée comme la règle très générale, le divorce n'étant au contraire qu'une très rare exception ; les *justæ nuptiæ* devaient être une union perpétuelle, destinée à durer autant que les époux, ne pouvant finir que par la mort, hormis des circonstances tout à fait excep-

(1) Voyez Accarias, *op. cit.* 97-4.

tionnelles dont l'énumération était strictement limitative.

Pourquoi cette indissolubilité posée en principe ? pourquoi ces restrictions rigoureuses à la liberté des conjoints, restrictions d'autant plus dures que cette liberté des conjoints était absolue, du moins nous le croyons (1), du temps des peuplades italiques qui habitaient sur les bords du Tibre avant l'arrivée de Romulus ? quelle raison avait guidé ce dernier dans une innovation aussi radicale ?

Des explications diverses en ont été proposées.

On a voulu tout d'abord y voir une influence des idées religieuses.

Mais c'est là se tromper étrangement, car la religion étrusque, d'où est sortie la religion romaine, paraît bien avoir admis la possibilité pour les époux de rompre leur union avec autant de facilité qu'ils l'avaient consentie (2).

Ne faut-il pas attribuer plutôt cette hostilité du législateur pour le divorce à la conception élevée qu'il se serait faite alors du mariage ? (3).

Il est difficile de le croire quand on se souvient qu'à cette époque les *justæ nuptiæ* étaient toujours accompagnées, ou à peu près, de la *manus*, laquelle, pour les plébéiens du moins, se formait *coemptione* ou *usu* ?

Or, qu'est-ce que la *coemptio* sinon l'achat d'une *chose* (la femme) ? qu'est-ce que l'*usus*, sinon l'acquisition, par la possession continue, de la propriété d'une *chose* (la femme) ?

(1) Voyez sur ce point ce que nous avons ditp.

(2) Picinelli, op. cit. p. 426 et la note.

(3) Padeletti, op. citat. XIII, nos 2 et 5.

Une législation où la femme est ainsi considérée comme une chose n'a évidemment pas une idée bien haute du mariage (1).

C'est à une toute autre inspiration, pensons-nous, que Romulus obéit en édictant ces mesures restrictives du divorce.

Il venait de jeter les fondements d'un nouvel Etat ; et son rêve — rêve tout naturel — était de le voir grandir et prospérer. Le meilleur moyen d'obtenir ce résultat, c'était de favoriser les naissances, il fallait que le jeune peuple eût de nombreux enfants, car des enfants, en même temps qu'ils accroissaient le chiffre des habitants, faisaient encore présager pour l'avenir une armée composée d'un plus grand nombre de soldats, et, par suite, destinée à avoir plus de succès, à opérer plus de conquêtes.

Ainsi devait fatalement raisonner un guerrier comme le fut Romulus, et, après lui, tous ses successeurs, tous ceux qui eurent à cœur de consolider et d'étendre son œuvre.

De là tant de mesures contre les célibataires : — depuis l'impôt (*uxorium*) créé par les censeurs Camille et Postume sur ceux » qui ad senectutem cœlibes pervenerant » jusqu'aux fameuses lois caducaires d'Auguste, y compris l'institution même de la censure dont c'était là une des attributions essentielles « Cœlibes esse prohibunto ».

De là encore, tant de primes accordées à la paternité — depuis la loi de Tullius Hostilius « Lex lata est propter illum casum, jubens, si cum trigemini nascerentur filii, de publico alimenta ad pubertatem usque suppeditari », jusqu'aux 250 arpents de terre par fils, promis par les Gracques à chacun

(1) Picinelli, op. cit. p. 442.

des citoyens — jusqu'aux libéralités attribuées par Auguste aux *patres* ! — sans compter la série des faveurs et des avantages qui constituaient le « *jus liberorum*. »

De là, enfin l'hostilité de Romulus contre les divorces : il savait bien qu'une union éphémère ou menacée de se briser à chaque instant est vouée à demeurer stérile, qu'une union perpétuelle et indissoluble engendre, au contraire, de nombreux enfants.

C'est pour cette raison toute politique, qu'il avait posé comme règle l'indissolubilité des *justæ nuptiæ*, et qu'à cette règle, il n'avait apporté que trois exceptions étroitement limitées.

Encore ces exceptions se rapportaient-elles toutes les trois à des cas de la plus extrême gravité, puisque le tribunal domestique avait alors la faculté de prononcer la peine capitale contre la femme coupable : Denys d'Halicarnasse le dit formellement pour l'adultère et l'ivrognerie, ce n'est pas moins vrai pour la sorcellerie.

La conduite de la femme, dans cette hypothèse, était telle qu'elle avait dû tuer chez le mari tout amour pour elle, et que, par suite, aucun rapprochement ne pouvait plus s'opérer entre eux : il était donc logique que Romulus permit au mari de rompre cette union, désormais inféconde, pour en contracter une seconde (1).

Si rationnelle, si vraisemblable que paraisse la théorie que nous venons d'exposer, on l'a cependant contestée.

On l'a fait en invoquant contre elle deux arguments différents.

(1) Picinelli, *op. cit.* p. 436 et suiv.

Tout d'abord, a-t-on dit, s'il est vrai que Romulus, en poursuivant le divorce, a voulu accroître le nombre des naissances, comment se fait-il qu'il n'ait pas fait exception à la règle pour le cas de « stérilité ? »

A cette objection on peut répondre d'abord que l'Etat pourvoyait suffisamment à l'augmentation de sa population en facilitant les *justæ nuptiæ* sérieuses et en permettant la répudiation par le mari dans les cas où il était plus spécialement à craindre que le but final du mariage, c'est-à-dire la procréation des enfants, ne fût pas réalisée.

Qu'on songe, en outre, à l'impossibilité à peu près absolue de constater la stérilité de la femme, surtout avec les mœurs romaines si sévères à cet égard que, même pour les nécessités de la justice, au dire de Valère Maxime (1), il était interdit de toucher au corps d'une matrone : « *In jus vocanti matronem corpus ejus attigere non permiserunt, ut inviolata manus alienæ tactu stola relinqueretur* ».

On a objecté en second lieu, que, dans les trois cas exceptés par Romulus, l'union étant considérée comme inféconde, il eût fallu, si notre doctrine était vraie, non pas laisser au mari la faculté de répudier sa femme mais lui en faire une obligation stricte.

Cette seconde objection ne nous paraît guère plus sérieuse que la première.

Si, en effet, on se rappelle (V. p. XII) que le mari, à cette époque, avait sur sa femme une quasi puissance paternelle,

(1) Liv. II, De Institutis.

on comprendra que les pouvoirs publics n'aient voulu porter à son droit absolu que la moindre atteinte possible, et qu'ils n'aient pas jugé utile d'y toucher, si légèrement soit-il, dans les hypothèses qui nous préoccupent — alors que l'intérêt de l'Etat était très médiocrement en jeu, puisque, par la force même des choses, ces hypothèses devaient très rarement se présenter.

Au surplus, il y avait une excellente raison pour que le législateur n'obligeât pas le mari à répudier alors sa femme, c'est que lui-même le faisait toujours, spontanément, de son plein gré ; les mœurs étaient telles alors que le mari qui, en pareil cas, ne se serait pas empressé de rompre les liens du mariage, se serait couvert d'infamie. Plus tard, nous verrons la loi Julia de adulteriis déclarer coupable de *lenocinium* le mari qui conservait sa femme adultère. Mais, dans les temps reculés où nous sommes, point n'était besoin d'une telle disposition législative ; l'opinion publique suffisait.

C'est ainsi également qu'en Grèce et surtout à Athènes, on notait d'infamie le mari qui continuait à vivre avec sa femme divorcée, à plus forte raison celui qui tolérait, sans divorcer, l'infidélité de sa femme.

SECTION II. — *Procédure et formes du divorce*

Il y a pénurie presque complète de textes sur cette matière d'ailleurs très embarrassante.

Suivant un premier système, le mari n'avait pas qualité pour décider, à lui tout seul, s'il y avait lieu à répudiation ; il devait convoquer, au préalable, à cet effet, un tribunal de famille, composé des parents et amis de la femme,

A l'appui de cette première opinion, deux raisons assez plausibles ont été invoquées.

La première, c'est que telle était certainement la pratique en usage postérieurement à la loi des XII Tables.

Comme le Tribunal domestique fonctionnait certainement (1) avant cette loi, il est très permis de penser qu'il avait, dès cette époque antérieure, les mêmes pouvoirs que plus tard, notamment au point de vue qui nous occupe.

Une seconde raison d'admettre que le mari devait, avant de répudier, prendre l'avis du tribunal de famille de sa femme, se tire d'un passage de Denys d'Halicarnasse déjà plusieurs fois mentionné (V. p. ix).

Parlant des cas d' « adultère » et d' « ivrognerie » de la femme, qui sont, on le sait, deux des trois causes légales de répudiation, ce texte dit que de telles affaires sont de la compétence du « tribunal domestique » : « De his cognoscebant cognati cum marito ».

Mais ces deux arguments ne sont peut-être pas, au fond, aussi sérieux qu'ils paraissent au premier abord, et à l'un et à l'autre il semble parfaitement possible de répondre.

Tout d'abord, l'intervention d'une réunion de parents très naturelle après les XII Tables, ne se comprend guère auparavant.

(1) Consultez le passage de Denys d'Halicarnasse ci-après cité.

Après cette loi, en effet, comme on le verra bientôt, les causes du divorce ne sont plus déterminées par le législateur, elles dépendent d'une appréciation arbitraire ; de là, pour le mari, la nécessité, qui se conçoit très bien, d'en référer au conseil de famille de la femme qui examinera les griefs formulés contre elle et décidera si, oui ou non, ils sont suffisants pour motiver contre elle le divorce.

Mais il n'en est pas de même avant les lois décenvirales : les motifs de répudiation ont été très strictement limités par Romulus, aucune équivoque, aucune hésitation n'est possible à cet égard, et, par suite, on cherche vainement pourquoi le mari devrait alors consulter les parents et amis de la femme.

De même, quand on relit le texte de Denys d'Halicarnasse, on voit qu'il ne se rapporte aucunement à notre hypothèse : il ne se préoccupe point des circonstances qui peuvent entraîner la répudiation de la femme — mais bien des châtimens corporels qui peuvent lui être infligés, notamment de la peine capitale.

Or, ce sont là deux choses tout à fait différentes :

La question de vie ou de mort touche tous ceux qui, de près ou de loin, parents ou amis, s'intéressent à elle : rien donc de plus légitime que de leur remettre le soin de statuer à cet égard.

Il n'en est pas de même de la répudiation qui, en dehors de la femme, n'a guère d'importance que pour le mari : rien aussi, par suite, de plus naturel que de donner à lui seul le droit de prononcer sur ce point.

Aussi, croyons-nous devoir, à ce premier système, en préférer un deuxième qui déclare le mari souverain juge en la matière.

Outre, en effet, les considérations qui viennent d'être développées, on peut encore, pour le soutenir, s'appuyer sur un texte des plus formels à cet égard d'Aulu-Gelle, X, 23 : « Vir, cum divorcium fecit, mulieri judex pro censore est, imperium quod sibi videtur habet. »

Reste à se demander quelle forme doit être employée pour opérer la répudiation.

On doit, sur ce point, se référer, croyons-nous, à une des plus vieilles règles du droit romain : « Quæ jure contrahuntur, jure contrario pereunt ». (1)

Il faut décider par suite, en ce qui concerne les *justæ nuptiæ*, qu'elles se dissolvent sans aucune formalité, du moins légale, puisqu'elles se contractent de même (2).

Pour la *manus* qui, à cette époque, accompagne d'ordinaire les *justæ nuptiæ*, force est, par application de la même idée, de distinguer de quelle façon elle a été établie.

Est-ce *confarreatio* ? on doit alors avoir recours à une cérémonie religieuse, comportant comme cette *confarreatio* des paroles solennelles, la présence de dix témoins et du flamme de Jupiter : c'est la *diffarreatio* (3).

Est-ce *coemptio vel usu* ? une *mancipatio* suivie d'affranchissement est nécessaire : c'est du moins ce qu'il est per

(1) L. 80, D. De solut., L, 35, Dig. de reg. jur.

(2) Accarias, I, 81.

(3) Festus, V^o Diffarreatio.

mis de conclure de l'analogie de la manus avec la puissance paternelle et d'un texte mutilé de Gaius I, § 137.

SECTION III.— *Effets du divorce.*

Ici les documents font absolument défaut.

Mais il est permis de conjecturer que l'effet immédiat de la répudiation était de rendre aux époux leur liberté respective, chacun d'eux pouvant aussitôt se remarier à son gré — sauf, bien entendu, pour la femme à subir le châtiment que lui avait infligé le « *judicium domesticum* ».

Il est non moins certain que le mari avait le droit de conserver tous les biens par lui recueillis du chef de sa femme : le caractère délictueux des faits qui motivaient le divorce, entraînait pour elle, à titre de peine, la perte de ces biens, quelle qu'en fût d'ailleurs l'origine, — qu'ils provinssent de la manus ou d'une dot à elle constituée.

CHAPITRE II

DEPUIS LA LOI DES XII TABLES JUSQU'À AUGUSTE.

Il est certain que la loi des XII Tables parlait du divorce : Cicéron le dit expressément dans la seconde de ses *Philippiques*, en félicitant Antoine d'avoir répudié une comédienne conformément aux dispositions de cette loi.

Mais quelles étaient exactement ces dispositions ? Il est difficile de le savoir, le texte ne nous en est, en effet, point parvenu ; on ne peut que chercher à y suppléer en combinant entre eux les extraits des divers auteurs romains qui ont écrit sur cette époque.

C'est ce que nous allons essayer de faire, en recherchant successivement, comme pour la période précédente :

Dans quels cas le divorce était admis ;

Sous quelles formes ;

Quels en étaient les effets.

SECTION I. — *Dans quels cas le divorce était-il permis ?*

§ 1.

— Une double observation générale est nécessaire avant d'aborder l'étude spéciale des causes du divorce :

1° Pas plus qu'avant la loi des XII Tables, il n'y a, depuis, des mariages qui soient, en eux-mêmes, indissolubles ; tous, sauf cependant celui du flamine dialle (V. p. X.), peuvent être l'objet d'une rupture volontaire : nous ne pouvons que renvoyer, à cet égard, à ce que nous avons dit (V. p. IX.) des unions accompagnées de *confarreatio*, au sujet desquelles l'opinion contraire, déjà soutenue pour l'époque antérieure, a été reprise également en ce qui concerne celle-ci.

2° Les époux ont la liberté absolue de se prévaloir, ou non, des motifs de divorce qui militent à leur profit ; il dépend donc de leur seule volonté, en les invoquant ou non, de faire cesser ou de faire durer leurs *justæ nuptiæ*.

Cette dernière règle n'est cependant complètement exacte que s'ils sont à la fois *ingénus* et *sui juris*.

Elle souffre, au contraire, deux exceptions d'une importance capitale, lorsqu'ils sont soit *affranchis*, soit *alieni juris*.

En effet, sont-ils *affranchis* : ils ne peuvent divorcer sans le consentement de leur patron ; et même, ce patron a le droit de leur imposer le divorce (1).

(1) Paul, sent. Liv. V. Tit. 6, § 15.

Sont-ils *alieni juris*, c'est-à-dire *in patria potestate*, ils sont vis-à-vis de leur *pater familias*, dans la même situation que nous venons de voir les affranchis vis-à-vis de leur patron, c'est-à-dire que :

A. Ils ne peuvent divorcer si leur *pater familias* n'y consent pas.

B. Il y a plus : ce *pater familias* qui peut ainsi, s'il lui plaît, les empêcher de divorcer, a la faculté de les y obliger, quand même leur volonté personnelle serait contraire.

A. Tout d'abord le consentement de son *pater familias* est indispensable à l'époux qui est *in patria potestate*.

On l'a contesté en se fondant sur la novelle 22 (1) de Justinien qui ne permet aux enfants de divorcer qu'avec l'assentiment de leurs parents : cette disposition prouve bien, a-t-on dit, qu'auparavant il en était autrement et que le consentement des parents n'était pas exigé.

Mais, en examinant la novelle, on constate qu'elle statue ainsi non seulement pour les enfants en puissance, mais aussi pour les *sui juris* ; sur ce dernier point, elle innove certainement, et cela suffit pour légitimer sa promulgation, sans qu'on puisse rien en inférer contre l'existence d'une règle antérieure de droit, qui paraît au contraire certaine : la volonté du *pater familias* ayant été de tout temps nécessaire pour former le mariage, il ne semble pas qu'on ait pu se passer d'elle pour le dissoudre : c'est une conséquence obligatoire de la maxime fondamentale déjà rappelée : « *Quæ jure contrahuntur jure contrario pereunt.* »

(1) C. 12. Cod. De repud.

Ce droit pour le *pater familias* de consentir au divorce est un attribut de la puissance paternelle ; il l'a donc seul.

Ne l'ont point, par suite : — ni la mère (1) ni aucun des ascendants maternels, ni même ceux des ascendants paternels qui n'ont pas la *patria potestas*, par exemple le père qui a donné son fils en adoption, ou encore le père qui est lui-même sous la puissance paternelle de son propre père : seul le consentement du grand-père *pater familias* est alors nécessaire, et non celui du père.

Peu importe même, dans ce dernier cas, qu'il s'agisse d'un fils ou d'une fille.

Il est vrai que, pour le mariage, il en est autrement, du moins quand il s'agit de fils (2) : on demande, pour le petit-fils, non seulement le consentement du grand-père *pater familias*, mais encore celui du père lui-même. Seulement, c'est en vertu d'une règle tout à fait indépendante de la *patria potestas*, à savoir que « nul ne peut avoir des héritiers siens malgré lui » « *Nemini invito suus heres adgnascitur* » : or, bien évidemment, cette règle ne peut avoir aucune application en notre matière.

B. Mais là ne s'arrêtait pas — du moins encore à cette époque — le droit du *pater familias* : l'époux *alieni juris*, qui n'avait pas qualité pour divorcer sans le concours de son père, pouvait, au contraire, se voir imposer le divorce par ce père !

(1) L. 4. Code de repud.

(2) L. 16 § 1, Dig. de rit. nupt.

Si encore celui-ci n'avait été mû, dans l'exercice de ce droit, que par son amour paternel !

Mais, quand il s'agissait de sa fille, c'était le plus souvent la restitution de la dot, par lui donnée, qu'il avait uniquement en vue, surtout quand cette dot avait été stipulée (1),— sans qu'il se préoccupât aucunement des sentiments de son enfant pour son mari.

Aussi les comédies qui nous sont parvenues de cette époque sont-elles remplies de plaintes de pauvres femmes arrachées ainsi violemment à l'affection de leur mari.

Ecoutez, dans Ennius, ce dilemme désolé de la malheureuse épouse de Chresphonte :

Injuriâ abs te afficior indignâ, pater ;
Nam, si improbum esse Chresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere ?

Relisez cette scène du Stichus de Plaute entre Antiphon et ses deux filles Panegyris et Pinacie :

PANEGYRIS

Neque est cur nunc studiam has nuptias mutarier ;
Verum postremum in patris potestate est situm ;
Faciendum id nobis quod parentes imperant.

ANTIPHON

Mihi auctores sunt amici, ut vos hinc abducam domum.

(1) Car nous verrons bientôt p. LXXXIII qu'en l'absence de stipulation, la restitution de dot ne pouvait être obtenue que par l'action rei uxoriæ laquelle exigeait le concours de la fille.

PANEGYRIS

At enim quarum res agatur, aliter auctores sumus,
Nam aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit,
Aut nunc non æquum est abduci, pater, illisce absentibus.

On comprend l'indignation d'Africanus dans sa pièce intitulée « Le Divorce : »

O indignum facinus ! adolescentes optumas
Bene convenientes, concordos cum viris,
Repente viduas fecit spurcitia patris !

Tous ces textes ne parlent que de filles : faut-il en conclure que le paterfamilias n'avait pas le même droit en ce qui concerne son fils ?

On l'a dit, en effet ; mais l'opinion contraire nous semble préférable, car, en principe, la puissance paternelle s'étend également et avec la même force aussi bien sur les fils que sur les filles. Si, en l'espèce, les auteurs ne s'occupent jamais que des filles, cela tient évidemment à ce que le père de famille n'avait pas d'intérêt à rompre le mariage de son fils puisqu'il n'avait pas alors de dot à recouvrer : — aussi ne devait-il le faire que très rarement ; d'où, tout naturellement, le silence des écrivains à cet égard.

Des hypothèses que nous venons de signaler, il est intéressant d'en reprocher une des plus curieuses et qui n'est pas sans avoir avec elles une très grande analogie ; c'est celle d'un père qui adopte la femme de son fils ou le mari de sa fille

sans avoir au préalable émancipé celui des deux conjoints qui est son descendant.

Par le fait de cette adoption, voilà les deux époux devenus frère et sœur; or, entre frère et sœur, le mariage est interdit.

Que décider en pareil cas?

Que l'adoption sera non avenue! Mais ce serait considérer que les époux, en se prêtant à l'adoption, ont voulu commettre un inceste, ou ont eu l'intention absurde de faire un acte nul!

Mieux vaut admettre (et c'est ce que l'on fit (1) que le mariage sera alors dissous tacitement, les époux seront censés avoir consenti à divorcer pour rendre l'adoption possible.

On a voulu voir, dans cette décision, une application du droit que nous reconnaissons tout à l'heure au père d'imposer à ses enfants la rupture de leur mariage.

Mais c'est là, croyons-nous une erreur, car telle est encore la règle suivie à l'époque classique, c'est-à-dire dans un temps où ce pouvoir exorbitant du père a disparu.

Il est préférable de l'expliquer, comme nous venons de le faire, par une interprétation présumée de la volonté des époux.

§ 2.

— Là encore, pour savoir dans quels cas le divorce était admis, il est nécessaire de distinguer entre la répudiation — et le divorce *bona gratia*.

(1) fr. 67 § 3, Dig. de rit. nupt.

A. — RÉPUDIATION

I. — *Répudiation par le mari.* — On se souvient qu'avant la loi des XII Tables, cette répudiation n'était possible que dans trois cas étroitement déterminés.

S'il faut en croire Pothier (1), il en serait tout autrement sous l'empire de cette loi, car elle aurait permis aux maris de renvoyer leur femme, sans motif, à leur gré : « Lex vero duodecim tabularum videtur permisisse viris ut suas pro habitu repudiarent uxores ».

Cette assertion de Pothier se fonde sur un passage de la seconde Philippique de Cicéron déjà cité : « Illam mimam suas res sibi habere jussit ex duodecim Tabulis. Claves ademit, exegit. Quam porro spectatus civis, quam probatus, cujus in omni vita nihil est honestius quam quod cum mimia facit divortium ! »

Il faut bien reconnaître que ce texte est fort peu probant en lui-même et ne saurait suffire, à lui seul, à asseoir l'opinion à l'appui de laquelle on l'invoque.

Mais une autre considération beaucoup plus sérieuse peut être présentée en faveur de cette opinion : c'est que les auteurs romains, ainsi qu'on le verra bientôt (V. p. VLIV) nous offrent, pour la période qui nous occupe, des exemples innombrables de répudiations opérées par le mari sans cause

(1) Pandectes, II, p. 127, de Divort. et repud., art. 1.

aucune ou tout au moins pour des motifs futiles et, en tous cas, parfaitement distincts de ceux qu'avait fixés Romulus.

Or, comme il n'est fait nulle part mention, jusqu'à Auguste, d'aucun acte législatif qui ait octroyé pareille liberté, on est naturellement conduit à décider qu'elle fut l'œuvre de la loi des XII Tables. Telle est la conjecture généralement admise (1); cette loi, à la différence de celle de Romulus, ne limitait pas les causes de répudiation.

Mais ce serait néanmoins se tromper, croyons-nous, que de conclure de là à l'omnipotence absolue des maris à cet égard : en fait, et tout au moins dans la première partie de cette seconde période de l'histoire du droit romain, il existait deux institutions qui modéraient sagement leurs pouvoirs et les empêchaient d'en faire abus.

C'étaient : d'une part le Tribunal domestique — de l'autre les censeurs.

Le Tribunal domestique. — Nous avons déjà dit que le Tribunal domestique était composé non seulement de la famille civile de la femme, de ses agnats, mais de ses parents naturels, de ses cognats, de ses amis, de ses familiers.

Il se réunissait dans les circonstances graves pour elle, et c'était lui qui fixait les mesures à prendre. Parfois même les magistrats lui confiaient l'exécution de peines prononcées contre elle : ainsi en fut-il par exemple, au dire de Valère Maxime, VI, 3, 7, pour les femmes convaincues d'avoir pris

(1) Voyez notamm. Picinelli, op. citat. p. 457.

part aux Bacchanales, et la rigueur de l'expiation alors ordonnée, ajoute cet auteur, fut telle qu'elle effaça l'horreur du crime.

Sans doute les décisions de ce tribunal n'avaient de sanction que dans les mœurs ; mais les mœurs, à cette époque, étaient aussi fortes que la loi, et nul n'aurait pu les braver impunément, il eut soulevé contre lui la réprobation générale et se fut exposé à des démonstrations qui auraient pu ne pas être inoffensives.

Or, certainement (1), du jour où les XII Tables ne déterminèrent plus les cas de répudiation, les maris durent soumettre leurs griefs à ce tribunal de famille : nous en trouvons la preuve dans la décision suivante des censeurs de l'an 447 qui frappèrent de l'exclusion du Sénat un des membres de ce grand corps constitué, pour avoir omis de remplir cette formalité essentielle : « Marcus Valerius et Caius Junius Brutus Babuleus L. Hennium Antonium senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset, nullo amicorum consilio adhibito » (1).

C'est là, on le voit, une première restriction des plus graves au droit de répudiation du mari.

Les censeurs : il faut lire dans le traité de Cicéron de Legibus III, 3, les innombrables attributions de ces redoutables fonctionnaires. C'est à eux notamment qu'était dévolue la surveillance des mœurs, et tous pouvoirs leur étaient accor-

(1) On a vu que pour l'époque antérieure, la question est controversée V. p. XXIII.

(2) Val. max. De Institutis antiquis. Liv. 2.

dés pour remplir, en leur âme et conscience, ces hautes fonctions de police et de moralité « Cœlibes prohibento, mores populi regunto, probrum in senatu ne relinquunto ».

A ce titre, ils s'enquéraient de la cause des répudiations, et, si cette cause ne leur paraissait pas légitime, ils usaient, contre le mari coupable d'avoir divorcé à la légère, des armes que la loi avait mises entre leurs mains.

Le plus souvent ils le *notaient*, comme ils firent pour Carvilius Ruga dont nous parlerons bientôt ; et cette « nota censoria » couvrait d'infamie celui qui en était l'objet.

S'il se trouvait que ce fût un sénateur, ils l'*excluaient du sénat*, comme nous avons vu tout à l'heure qu'ils agirent à l'égard de Hannius Antonius.

La crainte de ces diverses peines, alors très redoutées, se joignait utilement au respect du « *judicium domesticum* » pour restreindre, dans une sage mesure, la latitude accordée aux maris par la loi des XII Tables, et, tant que censeur et *judicium* eurent, en effet, de l'influence, il ne résulta, de cette latitude, aucun désordre dans les familles dont l'heureuse harmonie, à cette époque, fait, au contraire, l'admiration des modernes.

C'est en termes enthousiastes que M. Gide (1) nous dépeint l'existence de « l'uxor » dans ces temps fortunés : « si laissant de côté, dit-il, les formules juridiques, vous regardez ce qu'était la femme dans les mœurs, dans la vie sociale, en un mot dans la réalité, vous voyez, pour ainsi dire, la scène

(1) Etude sur la condition privée de la femme.

changer tout à coup ; ce n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, c'est la matrone, la mère de famille, vénérée des esclaves, des clients, des enfants, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse dans la maison, et au dehors étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et des conseils du Sénat. »

C'est à peine si, en compulsant les ouvrages des auteurs romains qui se réfèrent à cette époque, on arrive à découvrir deux ou trois exemples de répudiations opérées par des maris :

Par P. Sempronius Sophius (1), parce qu'elle avait osé aller aux jeux sans le lui dire ;

Par Quintus Antistius Vetus (1), parce qu'il l'avait vue parler en public avec une affranchie mal famée ;

Par Supplicius Gallus (1), parce qu'elle était sortie tête nue (486) ;

A tel point qu'au ^{vi}^e siècle, quand, en 520 ou en 527, survint le divorce de Spurius Carvilius Ruga, il souleva un étonnement, un « tolle » général dont tous les historiens se sont fait l'écho :

« Repudium inter uxorem et virum, a condita urba usque ad quingentesimum et vigesimum annum, nullum intercessit. Primus autem Spurius Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit, qui, quanquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia nec cupiditatem quidam liberorum conjugali fidei præponi debuisse arbitrabantur. » (1)

(1) Val. Max., Factorum dictorumque memorabilium, Liv. VI, cap. III, 12.

« Constat enim per DXX annos Romæ nullum accidisse divortium. Septima demum, supra centesimam et trigesimam, Olympiade, M. Pompanio et C. Papirio Coss., primus dicitur uxorem dimisisse S. Carvilius, vir non obscurus, coactus a censoribus jurare, liberorum causa se conjugem non retinere, erat enim sterilis, qui ob hoc factum, quamvis necessitate compulsus, in perpetuum exosus fuit populo. » (1)

Quum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomen fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis DXXII M. Attilio P. Valerio Coss. Atque is Corvilius traditur uxorem quam dimisit, egregie dilexisse carissimamque ejus gratia habuisse sed jurisjurandi religionem anima atque amoris prævertisse quod jurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberorum quærendorum gratia habiturum (2). »

A lire ces textes, on croirait même qu'avant le divorce de Ruga, il n'y en avait pas eu d'autres à Rome.

Si formels qu'ils soient à cet égard, le contraire est cependant certain,

Nous en avons des preuves nombreuses et irréfragables :

D'abord les exemples mêmes que nous avons cités plus haut, et qui, chose curieuse, nous sont fournis par un des auteurs (Valère Maxime) suivant lesquels il n'y aurait pas eu de répudiation avant celle de Ruga.

Ensuite les dispositions législatives de Romulus et des

(1) Denys d'Halicarnasse, Ant. Rom. XVII, 21,

(2) Aulu Gelle, nuits attiques, IV, 3. Voyez aussi Cicéron, Pro. Cluentio, V ; Plutarque, Rom. 39, Numa, 77.

décemvirs, qui permettaient et réglementaient le divorce : « Il suffit, dit Montesquieu, de connaître la nature de l'esprit humain pour sentir quel prodige ce serait que, la loi donnant à tout un peuple un droit pareil, personne n'en usât ».

Mais alors comment expliquer ce que s'accordent à dire tous les écrivains anciens du divorce de Ruga, qu'ils présentent comme un fait nouveau, inconnu jusqu'alors ?

Bien des systèmes ont été proposés à cet égard.

On a d'abord fait remarquer que les historiens, suivant lesquels aucune répudiation n'aurait eu lieu pendant les cinq premiers siècles de Rome, appartiennent presque tous à une époque où l'on abusait du divorce ; on a conclu de là que leur opinion touchant le divorce de la période la plus reculée, devait être considérée plutôt comme une tentative de ramener leur concitoyens à des mœurs moins corrompues, que comme un véritable jugement historique.

Il y a peut-être du vrai dans cette conjecture, tout au moins pour quelques-uns de ces historiens qui étaient aussi des moralistes ; mais ce n'est là qu'une pure hypothèse, comment la prouve-t-on ?

Une autre explication a été mise en avant : Ruga aurait été marié *confarreatione*, et son cas serait le premier exemple de divorce accompagné de *confarreatio*.

Là encore, nous sommes uniquement en présence d'une assertion gratuite : il faut la démontrer.

Pour nous, c'est dans le caractère du motif allégué par Ruga contre sa femme que nous croyons trouver la cause de l'émotion causée par sa répudiation.

Sans doute, en effet, ce motif était acceptable « *tolerabilis ratio* » : c'était la stérilité de son épouse, alors qu'en se mariant il avait juré aux censeurs de prendre femme pour avoir des enfants. Il y avait une double raison pour expliquer et justifier sa conduite : — l'intérêt de l'Etat, — le respect du serment ! — d'autant plus qu'il l'aimait cette femme (*egregie dilexisset*) et qu'il ne la quittait qu'à regret, que par nécessité (*necessitate compulsus* !)

Et cependant on ne lui pardonna pas, il devint un objet de haine pour le peuple (*in perpetuum exosus fuit populo*), il fut même blâmé par les censeurs (*reprehensione non caruit*) !

C'est que le fait par lui invoqué ne ressemblait en rien à ceux qui jusqu'alors avaient servi de base à la répudiation.

Que l'on considère, en effet, les causes diverses sur lesquelles-s'étaient précédemment appuyés les maris qui avaient divorcé (v. p. XXXVIII) : on constate que toutes avaient un trait commun, elles contenaient l'articulation d'une faute imputable à la femme : cette faute n'était pas toujours très grave, elle était parfois même très légère comme on l'a vu, surtout si on en juge avec nos idées actuelles ; mais enfin c'était une faute !

Que l'on se souvienne également des cas dans lesquels Romulus avait permis la répudiation : adultère, ivrognerie, sorcellerie, c'est-à-dire des faits reprehensibles entre tous, criminels même.

Pourquoi en outre, à compter des XII Tables, l'obligation pour le mari de convoquer le tribunal domestique — sinon,

parce que le divorce était envisagé comme une peine infligée à la femme et que cette peine ne pouvait lui être appliquée que s'il y avait faute de sa part !

Or, que reprochait Ruga à son épouse ? — Sa stérilité, — mais c'est là un fait matériel dont elle n'est pas responsable, qui tient seulement à sa constitution physique (*corporis vitio*) ! Aucune faute n'est relevée contre elle, il est déclaré au contraire que sa vertu est exemplaire ! (*carissimam morum ejus gratia habuisse*). Comment donc se fait-il, puisqu'elle n'est pas coupable, qu'il veuille néanmoins faire peser sur elle le châtiment immérité de la répudiation !

Voilà ce qu'il y eut d'odieux dans le divorce de Ruga ! Voilà aussi ce qu'il y eut de tout à fait nouveau ! de tout à fait insolite ! C'est en ce sens qu'il est regardé comme le point de départ d'une ère nouvelle, — l'ère des répudiations qui ne sont plus justifiées par la conduite de la femme, qui tiennent à des considérations étrangères — peut-être encore légitimes, — bientôt même scandaleuses !

Et, de fait, il semble que le divorce de Ruga ait été le signal d'une foule d'autres, beaucoup plus capricieux.

C'est que de toutes parts, la vieille Rome commençait à craquer, la Grèce montait à son assaut, et, suivant un vers fameux du poète, vaincue par elle, elle allait la vaincre en lui imposant ses vices.

Déjà, à la foi robuste des premiers Romains se substituait le scepticisme léger de Carnéade, Plaute raillait les foudres de Jupiter, Lucilius criblait de ses satires les douze grands Dieux de l'Olympe. Le temps était proche où Lucrèce pro-

fesserait, dans un poème d'ailleurs admirable, l'athéisme et les théories matérialistes d'Epicure.

La famille était aussi atteinte que la religion, la simplicité des ancêtres faisait place au luxe asiatique, la matrone vénérée cédait le pas à la courtisane athénienne.

C'était un effondrement général de l'ancien édifice social.

Le mariage n'apparaissait que comme un fardeau pesant dont on cherchait à se débarrasser, — et ce, sans difficulté, sans obstacle aucun !

Qui donc s'y serait opposé ? — Disparu, le « *judicium domesticum* » des siècles passés, il n'y a plus de solidarité entre les proches, ils se moquent les uns des autres ! que leur importe le sort de leur parent ! Qu'importerait davantage à celui-ci l'avis des siens !

Disparue aussi, l'influence des censeurs ! Ils existent encore, mais de nom ; comme le dit Montesquieu (1) « la corruption des mœurs a détruit la censure, établie elle-même pour détruire la corruption des mœurs ; mais lorsque cette corruption est devenue générale, la censure n'a pas eu de force. »

Ainsi donc, rien, ni en droit ni en fait, ne vient plus limiter le droit de répudiation des maris.

Aussi il faut voir combien, sous la poussée de la débauche montante, ils en usent et abusent !

On répudie sa femme sous les motifs les plus futiles ! — sur un simple soupçon d'adultère, témoin César renvoyant Pompéia, parce que, dit-il aux tribuns « la femme de César

(1) Esprit des Lois, XXIII, 21.

ne doit pas même être soupçonnée » (1) — pour faire plaisir à un ami : témoin l'austère Caton lui-même qui, sur le désir de son admirateur Hortensius, lui cède son épouse Marsia, alors enceinte, quitte à la reprendre à la mort d'Hortensius (2).

Parfois même on n'invoque aucun motif : Paul-Emile congédie la vertueuse Papyria, mère du second Scipion l'Africain, en disant simplement : « Mes souliers sont neufs, bien faits, et cependant je suis obligé d'en changer ; nul ne sait que moi où ils me blessent. »

Il arrive même souvent qu'on ne divorce que pour en tirer profit : — Ainsi fit Cicéron lui-même (3) en répudiant Terentia. Il donna bien comme prétexte qu'elle manquait d'ordre et qu'elle était prodigue ; mais, en réalité, ce fut pour épouser une jeune fille qui avait une grosse dot et qui l'aida ainsi à payer ses dettes.

De même, on verra bientôt que le mari gardait une partie de la dot, si la répudiation avait lieu à cause des mœurs déréglées de la femme. Partant de là, de peu scrupuleux citoyens épousaient une courtisane richement dotée, et, aussitôt mariée, la répudiaient en raison de sa conduite, conservant ainsi une partie de sa fortune. C'est ainsi que Titinnius épousa Fannia (4).

A la fin donc de cette période, la répudiation est devenue chez les maris une question de mode, on en trouverait fort peu

(1) Suétone, César, 75.

(2) Plutarque, Vie de Caton, 52,

(3) Plutarque, Vie de Cicéron, 28.

(4) Lire, à l'occasion de ce mariage, la curieuse histoire que raconte Valère Maxime, VIII, 2, 3.

qui échappent à cette règle. En tous cas, les hommes les plus célèbres, orateurs, politiciens, guerriers, etc., sont les premiers à la pratiquer. Nous avons déjà cité Caton, Cicéron, César... etc.. etc. ; ajoutons, sans vouloir d'ailleurs être complets : Scylla qui divorça cinq fois ; Pompée, Brutus, Antoine, etc., etc.

II.— *Répudiation par la femme.* — Les décemvirs, à la différence de Romulus, permirent-ils à la femme de répudier son mari ?

Il est impossible de répondre à cette question, car il n'existe aucun texte y faisant même allusion.

L'affirmative nous paraît cependant, pour diverses raisons, très vraisemblable.

Tout d'abord, en effet, ce que nous savons de certaines dispositions de la loi des XII Tables qui nous sont parvenues, nous laisse voir que cette loi était favorable à l'émancipation des femmes, à l'accroissement de leurs droits. N'est-ce pas elle, nous apprend Gaius I, 111, (1) qui leur fournit le moyen, en découchant trois nuits de suite chaque année, d'interrompre l'usus du mari, et d'éviter, par suite, la manus ? « Lege XII Tabularum cautum est ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cujusque anni interromperet. »

Cette grave innovation qui ne tend à rien moins qu'à proclamer l'indépendance des « uxores », montre très bien l'es-

(1) Voyez aussi Aul. Gelle III, 2, 13 : « Trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII Tab. deberet.

prit dont étaient animés les décemvirs à leur égard : quoi d'étonnant, si, par suite, et comme une autre conséquence du même esprit, ils leur avaient également accordé le droit de répudiation !

Aussi bien, est-ce une opinion encore aujourd'hui fort répandue (1) et appuyée en tout cas sur des textes assez nombreux (2) qu'ils ne rédigèrent leurs XII Tables qu'après une étude approfondie des lois de Solon.

Or, ces lois permettaient aux femmes de répudier leur mari.

Peut-être (3) n'est-il pas téméraire de voir là un nouveau motif d'adopter l'opinion que nous exposons en ce moment.

Il y a, d'ailleurs, une autre considération que nous pouvons encore invoquer à l'appui de cette opinion : c'est celle que nous avons déjà fait valoir au sujet du droit de répudiation pour le mari. Il est certain, comme nous le dirons bientôt, qu'à la fin de la période dont nous nous occupons, les femmes avaient la faculté de répudier leur mari.

Or, comme aucun acte législatif postérieur à la loi des XII Tables ne leur a donné cette faculté, il faut bien reconnaître qu'elle leur avait été accordée par cette loi même.

Ce qui n'est pas douteux, il est vrai, c'est qu'elles restèrent longtemps sans en user. Tant que la famille fut respectée et la *nota censoria* redoutée, l'autorité du » tribunal lo-

(1) Voy. notamm. Accarias, 1, 26.

(2) Accarias, I, 26, note.

(3) Montesquieu, esprit des lois. L. 16.

mestique » et des censeurs suffit à retenir les matrones dans le mariage.

C'est au ^{vi}^e siècle, lorsque l'influence des mœurs grecques (v. p. XLII) pénétra à Rome que se produisirent les premières répudiations de maris par leurs femmes.

On les voit apparaître, pour la première fois, dans les comédies de Plaute. Voyez notamment son « *Amphytrion* », art. 4, v. 47, où Climène, outragée par son mari, s'écrie :

Valeas, tibi habeas res tuas, redde meas

Encore, à cette époque, les femmes ne divorçaient-elles que pour des causes beaucoup plus graves que les maris, témoin ces plaintes amères de Syra dans *Mercator*, du même auteur, act. 1, sc. 5, vers 794 :

Ecactor ! lege dura vivunt mulieres,
Multoque iniquiore miseræ quam viri ;
Nam si vir scortum duxit clam suam,
Id si rescivit uxor, impune est viro ;
Uxor vero si clam domo egressa est foras,
Viro fit causa, exigitur matrimonium.
Utinam lex esset eadem, quam uxori est viro !

Mais bientôt elles perdirent toute modération, et, une fois lancées dans la voie de la débauche, elles ne tardèrent pas à les y distancer.

« Les femmes, dit M. Troplong (1), voyant qu'elles n'étaient protégées ni par leur vertu, ni par leur affection, se

(1) Influence du christianisme sur le droit civil des Romains.

livraient sans retenue à d'épouvantables déportements et ceci est une nouvelle preuve de cette vérité qu'atteste l'expérience de tous les siècles ; c'est que l'excès du divorce conduit la femme à l'adultère. On les voyait donc afficher la même licence que les hommes, partager leurs orgies, défier les plus intrépides à qui chargerait son estomac de plus de vin et d'aliments, les surpasser même par les raffinements de leur luxure, sauf à payer par des infirmités précoces et par des maladies étrangères à leur sexe, la peine de ces vices que leur sexe n'aurait jamais dû connaître. »

C'était l'exemple des courtisanes grecques qui les avait entraînées, mais elles eurent vite atteint et même dépassé leurs modèles : la dépravation fut plus honteuse encore à Rome qu'à Athènes : M. Gide (1) en donne cette explication : » Chez les Grecs, la corruption des mœurs trouvait ses bornes d'abord dans la modération naturelle de ce peuple, ensuite dans la contrainte sévère où les femmes étaient tenues. La même corruption une fois répandue dans Rome n'y rencontra plus de digue. Les Romains violents et grossiers s'y plongèrent sans mesure, et comme les femmes jouissaient chez eux d'une liberté très grande, la débauche pénétra au sein des familles et vint souiller jusqu'au sanctuaire du foyer. »

La littérature obscène s'en mêla bientôt et accrut encore la démoralisation, si possible : de bonne heure, les jeunes filles eurent entre les mains des livres orduriers dont la lec-

(1) Etude sur la condition privée de la femme, p. 138.

ture pervertit leurs sens. La licence des œuvres d'art, surtout de la peinture, la lasciveté des danses, les jeux du Cirque et de l'Amphithéâtre, autant de causes qui ajoutèrent à la corruption générale.

Aussi, à la fin de notre période, ne voit-on presque plus de femmes qui ne divorcent pas; celles-là sont devenues une telle exception qu'on leur en fait un titre d'honneur et qu'on l'inscrit sur leur tombeau :

Conjugi piæ, inclitæ, *univiræ*.

B. — DIVORCE BONA GRATIA

Les époux pouvaient-ils, sous l'empire de la loi des XII Tables, divorcer par consentement mutuel ?

Sur ce point encore, nous en sommes réduits, faute de documents précis, à des conjectures.

Montesquieu (1) n'hésite pas à croire que c'était possible « Du moment, dit-il, que la femme ou le mari avaient séparément le droit de répudier, à plus forte raison pouvaient-ils se quitter de concert et par une volonté mutuelle. »

Quoi qu'il en soit de l'exactitude de cette hypothèse, il est certain qu'à supposer même qu'il fût permis, le divorce bona gratia ne fût pas pratiqué jusqu'au ^{vi}e siècle.

Lui aussi n'apparut, comme la répudiation par la femme, que lorsque les mœurs commencèrent à se relâcher.

Au temps de Plaute, il y en eut des exemples assez nom-

(1) Esprit des lois, XXVI, ch. 16.

breux, et même ce poète, dans ses diverses comédies, n'hésita pas à le conseiller à ses concitoyens, de préférence à une répudiation.

C'est ainsi, que dans le *Miles gloriosus*, IV, 3, 32, un mari disant de sa femme qu'il la chasserait de vive force, son interlocuteur lui répond :

« Istuc cave faxis, quin potius per gratiam bonam abeat abs te. »

Le divorce bona gratia a, en effet, sur la répudiation, un avantage, c'est qu'il évite les récriminations et les procès.

Mais, au point de vue de la loi qui le permet, on ne peut s'empêcher de remarquer, avec M. Picinelli, qu'il implique à y regarder de près, un certain raffinement dans le mal ; il montre que la société est bien pourrie, puisqu'elle consent avec une indifférence complète à la rupture d'un lien sous prétexte qu'il est devenu gênant.

Et telle est bien la conception qu'on se fait du mariage, à Rome, au temps où nous sommes. Elle est bien oubliée, l'idée qui avait inspiré Romulus, celle de la perpétuité du mariage !

Le divorce fait maintenant partie des mœurs romaines ; il est bien entendu, quand on se marie, qu'on se quittera dès qu'on aura cessé de plaire.

Térence, pour nous borner à lui, nous en offre, dans ses comédies, deux preuves bien frappantes :

Dans l'*Hecyra*, il nous représente un père qui a poussé son fils à se marier pour se guérir d'une amourette. Le fils obéit, mais avec la résolution de bientôt se débarrasser de sa nou-

velle épouse; seulement, ce qui l'ennuie, c'est qu'il ne trouve pas de prétexte et que, d'autre part, il ne veut pas avouer la vérité. Il espère que sa femme finira par s'en aller en voyant qu'elle ne peut s'entendre avec lui.

Dans l'*Andria*, c'est un père qui, pour arracher également son fils à une passion amoureuse, demande pour lui la main de la fille de l'un de ses vieux amis; le père de la jeune fille ne cache pas à son ami qu'à son avis les deux jeunes gens ne pourront vivre d'accord. « Bast ! s'écrie le père du jeune homme, ce n'est pas un grand mal; le pis qui puisse arriver, c'est qu'ils divorcent ! Et cette réflexion décide le père de la jeune fille !

Nempe incommoditas denique hæc omnis
Si eveniat, quod di prohibens, discessio.

SECTION II. — *Procédure et formes du divorce*

Comme pour l'étude des causes du divorce, il faut distinguer ici entre la répudiation — et le divorce bona gratia.

§ A. — *Répudiation*

On peut d'abord poser en principe que, durant toute cette période, la répudiation ne fut jamais soumise à l'accomplis-

sement de formalités essentielles dont le défaut dût entraîner sa nullité.

Elle se trouve seulement, en fait, assujettie à des usages plus ou moins nombreux et variés, plus ou moins bien observés aussi, suivant les différentes parties de la période.

C'est ainsi qu'au début et tout au moins tant que dura la foi antique, les époux malheureux avaient l'habitude, avant de recourir à la mesure extrême du divorce, de se rendre au mont Aventin, au temple de la déesse Virioplaca « déesse bien respectable, dit Valère Maxime(1) et qui mérite peut-être nos hommages avant tous les dieux ; son nom explique, sans blesser l'égalité d'une affection mutuelle, l'hommage dû par la femme à la dignité du mari. »

Il se faisait là entre les époux, sous les auspices de cette divinité, une tentative de réconciliation, quelque chose d'analogue avec ce que prescrit notre loi française actuelle (art. 238 C. civ.), avec cette différence capitale il est vrai, qu'aujourd'hui c'est un simple mortel (le président du Tribunal de 1^{re} instance) qui préside à cette tentative.

Les amis, les enfants et les parents étaient présents, et, bien souvent, paraît-il, leurs larmes et leurs supplications aidant, les époux oubliaient leurs griefs, et se jetaient dans les bras l'un de l'autre, en se consentant un mutuel pardon.

Si, au contraire, l'époux demandeur persistait dans sa plainte, il devait en saisir, ainsi que nous l'avons déjà dit (v. p. XXXV), le « tribunal domestique », à peine d'encourir et

la réprobation publique et la colère des censeurs comme Lucius Antonius (v. p. XXXV).

Le « tribunal domestique » entendait d'abord les parties ; à ce nouveau rendez-vous contradictoire, il se produisait encore parfois entre elles des rapprochements ; ainsi arriva-t-il pour Sulpicius ; quand sa femme descendit de litière pour comparaître devant ses parents et amis, il fut tellement ébloui de sa beauté que, lui pardonnant soudain tous ses torts, il se précipita vers elle en disant : « Tu as vaincu, Paula » et la ramena joyeusement au domicile conjugal.

Après avoir écouté les observations des parties, le tribunal domestique procédait à une enquête sur les faits articulés, en pesait la gravité, puis statuait.

Nous avons déjà dit combien, grâce à la sévérité des mœurs, ses décisions étaient alors efficaces, et comment leur autorité empêcha longtemps les abus de se produire.

Mais nous savons aussi ce qu'il advint lorsque ces mœurs se relâchèrent. Avec le scepticisme naissant, la déesse Viriplaca ne fut plus qu'un objet de raillerie ; avec le mépris de la famille, le « *judicium domesticum* » perdit tout son autorité.

Dès lors, il suffit, pour qu'il y ait répudiation, d'une simple manifestation de volonté.

Le plus souvent, cette manifestation consiste dans l'envoi par le répudiant d'un libellus à son conjoint.

Ce libellus contient une formule de renvoi : « *Res tuas tibi habeto* » ou « *res tuas tibi agito* », ou encore « *Tua condicione non utor* », etc., etc.

Il est porté par un affranchi à l'époux répudié.

Cet affranchi tient également entre ses mains les tablettes du mariage qu'il brise alors publiquement.

Mais à coup sûr, et du moins à cette époque, ces formes n'étaient nullement obligatoires ; de quelque autre façon que l'intention de répudier fut exprimée, on s'en contentait ; c'est ainsi par exemple que Cicéron lui-même répudia Térentia au moyen d'une simple lettre.

On allait même jusqu'à discuter s'il ne suffisait pas d'une manifestation tacite de volonté, si par exemple la répudiation n'aurait pas résulté d'un second mariage contracté par l'un des époux sans qu'il ait, au préalable, averti son premier conjoint (1).

Mais bien entendu, lorsque les *justæ nuptiæ* étaient accompagnées de *manus*, il y avait lieu, en outre, pour dissoudre cette *manus*, de recourir aux différentes formalités que nous avons déjà décrites V. p. XXV.

§ 2. — *Divorce bona gratia*

Par application d'un principe souvent proclamé (v. p. XXV), il était admis que le simple consentement des époux était suffisant pour rompre le mariage comme il l'avait été pour le contracter.

La forme sous laquelle se révélait ce consentement impor-

(1) Cicér. de Orat. I, 40.

fait peu ; nous avons même déjà cité un cas où il n'était que tacite, celui du père qui adopte la femme de son fils ou le mari de sa fille sans avoir au préalable émancipé celui des deux conjoints qui est son descendant.

Mais répétons ici ce que nous avons dit des mariages *cum manu* : il faut, pour faire tomber la manus, employer les moyens de procéder qui ont été précédemment indiqués.

SECTION III. — *Effets du divorce*

En ce qui concerne la *personne* même des époux, ces effets sont les mêmes que durant la période précédente ; chacun des conjoints est aussitôt dégagé de tout lien vis à vis de l'autre, et contracte de suite, s'il lui plaît, un second mariage.

En ce qui concerne les *biens*, de profondes différences séparent, au contraire, le droit antérieur aux XII Tables du droit postérieur, tout au moins du droit qui prévalut à compter de la seconde moitié du VI^e siècle.

Cette révolution juridique se rattache à une idée sur laquelle nous avons déjà insisté (v. p. XIX) et qui a inspiré une foule de décisions législatives. Cette idée, c'est, dans l'intérêt supérieur de l'État, de combattre le célibat et de favoriser les mariages.

Qu'arrivait-il en effet, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, quand un divorce venait à se produire ? C'est que

le mari conservait tous les biens, par lui recueillis du chef de sa femme, et que cette dernière se trouvait ainsi réduite, ou à peu près, à la misère.

Or, les femmes ne trouvaient à se marier que si elles étaient dotées ; suivant une expression énergique, quand elles étaient *indotatæ*, elles étaient *illocabiles*. Plaute le fait déclarer, en termes formels, à son avare de l'*Aululaire*, II, 2, v. 13 à 15 :

Meam pauperiam conqueror;
Virginem habeo grandem, dote illocabilem, assem atque
Neque eam quo locare cuiquam.

Cette même pensée se retrouve encore dans le *Trinumène* II, 2, v. 64 à 65 où un frère se plaint de n'avoir pu donner sa sœur, faute de dot, qu'en concubinage et non en mariage :

Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse, majus quam in matrimonium.

Il résultait de là que les femmes divorcées, privées de leur dot, ne trouvaient plus à se remarier : — situation extrêmement fâcheuse, et pour elles, et surtout pour la République !

Le mal ne fut pas énorme, jusqu'au ^{vi}e siècle, parce que jusqu'à cette époque les divorces ne furent qu'une très rare exception (V. p. XLIII) : aussi le législateur ne jugea-t-il pas devoir intervenir.

Mais il n'en fut plus de même au témoignage des

auteurs anciens, après que Spurius Carvilius Ruga eût déterminé, par son exemple, une foule de citoyens à répudier leurs femmes ; en présence de la multiplication prodigieuse des divorces, ceux qui étaient préposés à la garde des intérêts de la République ne tardèrent pas, pour sauvegarder ces intérêts, à chercher les moyens d'assurer aux femmes divorcées la restitution de leur dot pour leur permettre de se remarier : « Interest reipublicæ mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint » (1).

Déjà, sur l'initiative privée de citoyens prévoyants, avaient commencé à apparaître les *cautiones rei uxoriæ*, le mari s'engageant, lorsqu'il recevait la dot, à la restituer au moins partiellement, si le mariage venait à être brisé par un divorce. Boèce a reconstitué la formule de cet engagement ; elle portait, dit-il « ut si divortium contigisset, quod œquius melius esset apud virum remaneret, reliquum dotis uxori restitueretur ».

Une action spéciale, toute de bonne foi, était donnée contre le mari pour l'exécution de cette promesse ; le juge, suivant l'expression de Caton l'Ancien, y faisait office de censeur, c'est-à-dire ne s'inspirait, dans la sentence qu'il rendait, que de sa conscience et des principes de l'équité.

Bientôt même — fût-ce simplement par l'effet de la coutume ? ne fût-ce pas plutôt par suite d'une décision législative ? nous l'ignorons — bientôt même ces *cautiones* ne furent plus nécessaires, elles furent sous-entendues, et, de droit, sans qu'il y eût besoin d'aucune stipulation, la dot fut restituable par le mari lors du divorce.

(1) L. 2, Dig. de jur. dotium, Dig. 23, tit. 3.

L'action qui garantit cette restitution fut appelée action rei uxoriæ.

Aquelles règles fut-elle soumise durant cette période ?

Il est difficile de le dire, faute de documents précis (1).

Ce que nous savons seulement, c'est que, comme dans l'action naissant des anciennes cautiones, le juge y avait des pouvoirs très larges, beaucoup plus larges que dans tout autre *judicium*, plus larges notamment que dans l'action *ex stipulatu*, qui était accordée aux parties lorsqu'elles avaient pris soin d'assurer, par une stipulation formelle, la restitution de la dot.

Ce que nous savons encore, c'est que, dès cette époque, le mari avait, dans certains cas, le droit d'exercer des retenues sur le montant de la dot.

Plusieurs auteurs, antérieurs à Auguste, parlent déjà de ces retenues.

Voici notamment ce que dit Caton : « Si la conduite de la femme est déréglée et honteuse, condamnez-la à une amende : tel est le cas de l'ivrognerie, de l'adultère ».

Cicéron (2) est plus précis encore : « Le divorce survenu, il s'agit de savoir si une partie de la dot doit rester au mari pour les enfants... Si le divorce est arrivé par la faute du mari, lors même que c'est la femme qui a envoyé le libelle de répudiation, elle ne doit nullement être privée d'une partie de sa dot... Que si elle n'est pas privée d'une partie de sa dot,

(1) Nous sommes mieux renseignés pour la période suivante v.p.LXXXI

(2) Les *Topiques*, IV.

il ne restera dans la maison du mari rien à titre de dot à cause des enfants ».

Horace dit, de même, de femmes surprises en adultère qu'elles craignent pour leur dot : « *Deprehensam doti metuere* ». (1) De là, Cujas (2) conclut à l'ancienneté des peines pécuniaires infligées à la femme qui, par sa faute, était cause du divorce.

Cette théorie est encore confirmée par d'autres passages, non moins probants, de Valère Maxime (3) et de Pline l'Ancien (4).

Telles sont, en quelques lignes, les origines historiques du principe de la restitution de la dot.

Aujourd'hui ce principe semble tout naturel, et il a été admis par toutes les législations modernes.

Mais, à Rome, à l'époque où il s'introduisit, il jeta dans l'organisation de la famille la perturbation la plus profonde : — non seulement il enleva aux maris, lors de la dissolution du mariage, des biens dont il était jusque-là propriétaire incommutable par application de l'idée que les dots avaient une cause perpétuelle : « *Dotis causa perpetua est* », mais, même au cours du mariage, il porta souvent la plus grave des atteintes à son autorité maritale.

Il arriva, en effet, que des femmes s'en servirent comme d'une arme toute puissante : ayant apporté une grosse dot en mariage, elles menaçaient leur pauvre conjoint de divorcer,

(1) Liv. III, ode 24, v. 32.

(2) Tome IX p. 500.

(3) op. cit. ch. VIII, 23.

(4) Hist. natur. Liv. 24, ch. 13.

et, par suite, de se faire rendre leur fortune, le laissant ainsi misérable comme auparavant. — Et le mari, pour garder l'argent, cédait à toutes les exigences, à tous les caprices !

C'est Plaute qui nous l'apprend dans l'*Aululaire*, III, 5, v. 54 à 61 :

Incommoditates sumptusque intolerabiles,
Nam quæ indotata est, ea in potestate viri est :
Dotatæ mulctant et malo et damno viros.

De même, encore dans un passage de l'*Asinanus*, V. 3, v. 58-59, où une femme s'adresse ainsi à son mari :

Venias modo domum, faxo ut scias
Quid periculi sit dotatæ uxori cōnviciū dicere.

Ailleurs, c'est un mari qui constate douloureusement la perte de son autorité :

Argentum accepi, dote imperium vendidi.

Le temps annoncé par Caton était ainsi arrivé, le temps « où les femmes domineraient à leur tour les dominateurs du monde » et Horace, comparant les Scythes aux Romains, en venait à préférer et à vanter les mœurs de ces barbares chez lesquels on ne voyait pas du moins les femmes gouverner leurs maris :

« Nec dotata regit virum Conjux ».

CHAPITRE III

DEPUIS AUGUSTE JUSQU'À CONSTANTIN

Cette troisième période nous est beaucoup mieux connue que les deux précédentes : des documents assez nombreux nous sont parvenus sur elle, qui permettent de reconstituer, ou à peu près, la législation telle qu'elle était alors.

Nous allons tenter cette reconstitution en ce qui concerne le divorce, en procédant, suivant la méthode que nous avons adoptée, à l'examen successif des trois questions ci-après :

- Dans quels cas le divorce était-il admis ;
- Sous quelles formes ;
- Quels en étaient les effets,

SECTION 1. — *Dans quels cas le divorce était-il permis*

§ 1.

Il nous faut reprendre ici la double observation générale

que nous avons faite, pour l'époque antérieure, avant d'entreprendre l'étude des causes du divorce.

1° Il n'est point de mariages qui soient, en eux-mêmes, indissolubles.

L'exception faite autrefois pour le flamine diale, a même cessé d'être vraie : son union peut être rompue comme tout autre par la répudiation, c'est Plutarque qui nous l'apprend. Seulement la rupture de cette union donne lieu à des cérémonies extraordinaires où les prêtres accomplissent des rites étranges, lugubres et qui font frissonner.

2° Les époux avaient pleine liberté de divorcer ou non, sans que personne pût leur imposer sa volonté à son égard.

A cette règle diverses restrictions étaient cependant apportées.

D'abord quant aux affranchis et aux enfants in potestate : pas plus que durant la période antérieure, ils ne pouvaient divorcer sans le consentement, les premiers de leur patron, les seconds, de leur paterfamilias.

Mais, à la différence de cette période, la répudiation ne pouvait leur être imposée par eux : ainsi le décida un rescrit d'Antonin le Pieux : « Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit » (1)

Cette décision fut confirmée par Marc Aurèle, ainsi que l'atteste un rescrit de Dioclétien et de Maximien. (2)

A leur tour, ces empereurs édictèrent une mesure des plus

(1) Paul, sent. Liv. IV tit. 6 § 15.

(2) C. 5 Code, de Repud.

sages et qui compléta celles de leurs prédécesseurs : il arriva en effet, que le père, n'ayant plus le pouvoir de rompre lui-même le mariage de son enfant, essaya d'y parvenir indirectement, en pesant sur la volonté de ce dernier, par exemple en menaçant de le déshériter ; les empereurs accordèrent, pour ce cas, à l'enfant ainsi déshérité injustement, la querela inofficiosi testamenti. (1)

Désormais donc, en principe, le père (ou le patron) n'eut plus le droit d'envoyer le libellum repudii au conjoint de son enfant ; il n'en fut autrement que dans certains cas d'une gravité particulière, par exemple lorsque cet enfant était, à raison de son état de folie, dans l'impossibilité d'exercer son droit de répudiation. (2)

Une seconde exception à la règle sus énoncée, que les époux sont toujours libres de divorcer ou non, c'est à l'égard de l'affranchi qui a épousé son patron ; elle ne peut rompre les justæ nuptiæ qui l'unissent à lui qu'avec son consentement.

Ainsi le disposaient les lois Julia et Papia Poppæa (3) : « Patrono invito, dit Modestin (4), liberta quam in matrimonio habuit, ab eo discedere non potest. »

C'est là une conséquence de la *reverentia* que tout affranchi doit à son patron.

Ce motif conclut à décider que cette dérogation au droit

(1) C. 18 Cod. De inoff. Testam. III 128.

(2) C. 5. Code De repud.

(3) Ulpien, L. 11. Dig de divort. Liv. XXIV; 2.

(4) L. 10 Dig. de divort. Liv. XXIV, 2.

commun ne devait point s'appliquer toutes les fois qu'il n'y avait pas lieu à *reverentia*, toutes les fois au moins que l'affranchissement n'avait pas été une faveur de la part du patron mais bien l'acquit d'une dette; et, en effet, il était admis que l'affranchie, même mariée à son patron, gardait le droit de divorcer librement, lorsqu'elle n'avait été affranchie par lui que pour obéir au fidéicommiss « *magis enim debitam libertatem præstitit dominus, quam ullum beneficium in mulierem contulit.* » (1).

Même dans l'hypothèse où le patron a, de son plein gré, accordé la liberté et que, par suite, vise notre exception, il semble bien que le législateur n'ait mis qu'à regret des entraves à la liberté du divorce,

C'est ainsi qu'il ne déclare pas le *repudium* nul, il déclare seulement que la femme sera privée de l'action de dot et ne pourra se marier. (2)

C'est ainsi encore qu'il valide ce *repudium* de la femme, toutes les fois que le mari a manifesté, d'une façon quelconque, son intention de ne plus la considérer comme son épouse, par exemple, s'il a pris une concubine ou s'il a intenté contre elle l'action *rerum amotarum* ou toute autre action (par exemple, pour cause d'adultère) qui suppose le divorce accompli (3).

Enfin, une troisième exception est apportée par la loi Julia de adulteriis au principe de la liberté du divorce : cette loi

(1) L. 50 Dig De rit. nupt. XXIII, 2.

(2) L. 14. Dig. divort. XXIII, 2.

(3) L. 2 § 2. Dig. de divort. XXIV. 2.

dispose, en effet, que le mari qui conservera sciemment sa femme adultère et ne la répudiera point, sera considéré comme ayant commis le crime de *lenocinium* et puni en conséquence (1).

Il faut avouer que la présomption légale est ici peu flatteuse pour le mari. Elle en dit long sur les mœurs de cette triste époque. Le temps était passé où toujours d'eux-mêmes, de leur plein gré, les maris congédiaient immédiatement leur femme coupable d'avoir violé la foi conjugale (v. p. XXII) : il fallait que les habitudes orientales se fussent vite implantées à Rome pour transformer ainsi les fils des vieux Quirites en maris complaisants, que dis-je ! en maris trafiquant de leurs propres femmes !

§ 2.

— La législation relativement aux causes de divorce, n'a pas varié : elle est restée ce qu'elle était sous la période précédente, c'est-à-dire qu'il n'a été apporté aucune limitation aux causes du divorce.

Le contraire pourrait sembler résulter d'un texte de Suétone ainsi conçu : « Augustus divortiis modum imposuit. »

Mais ce « *modus* » dont parle l'historien, n'a trait, comme nous le verrons bientôt (v. p. LXX), qu'à la forme même du divorce ; c'est dans le même sens qu'Ulpien a dit : « Nisi certo *modo* divortium factum sit, pro infecto habetur. » (2).

De l'ensemble des textes juridiques et littéraires de cette

(1) fr. 2 § 2, fr. § 10 l fr. 29 pr. Dig. ad leg. Jul. de adult.

(2) L. 1 Dig. Unde vir. XXXVIII, 11.

époque, il ressort, au contraire, qu'en dehors de cette question de forme, Auguste n'a nullement entravé la liberté du divorce.

Comme autrefois, les époux peuvent rompre leurs justæ nuptiæ, par simple consentement : c'est ce que Cujas appelle briser un mariage *dulciter, sine querela et sine libello repudii, sine causa et ratione nulla*.

Comme autrefois, chacun des conjoints peut répudier l'autre, quand il lui plaît, même sans prétexte.

Tout ce qu'il risque, comme nous le verrons, c'est, dans le cas où le motif n'est pas légitime, une simple peine d'ordre pécuniaire (retenue sur la dot si c'est la femme ; suppression ou réduction des délais de restitution de divorce si c'est le mari) ; mais, en toute hypothèse, la répudiation est parfaitement valable.

Aussi il faut voir combien, avec la corruption grandissante, le nombre des divorces, déjà si effrayant à la fin de la République, s'accroît encore sous l'empire.

Il est vrai que l'empereur lui-même et son entourage sont les premiers à en donner le fâcheux exemple : Auguste répudie successivement Claudia et Scribonia avant d'épouser Livie qu'il ne craint pas d'enlever, enceinte de six mois, à son mari Néron ! plus tard même, il se fait livrer les femmes des principaux citoyens. Mécène, au dire de Sénèque, se marie mille fois, à tel point qu'il scandalise son ami Horace, pourtant fort peu chatouilleux en la matière.

Naturellement, le peuple marche sur ces traces : » Les

mœurs des grands, a dit Massillon (1), forment bientôt les mœurs publiques : la foule n'a pas d'autre loi que les exemples de ceux qui commandent ».

Bientôt même, le débordement devient tel qu'Auguste lui-même a peur : il sait qu'avec la ruine de la famille s'effondre la puissance romaine, et il essaie, s'il en est temps encore, de l'arrêter ; pour y parvenir, il propose d'accorder des primes au mariage et à la paternité, de châtier le célibat !

Mais ces projets soulèvent des tempêtes : « Le peuple romain, dit M. Gide (2), qui assistait avec une muette indifférence au renoncement de toutes ses libertés, se révolte dès qu'on veut toucher à ses vices » ; et c'est après une longue résistance que sont votées les fameuses lois réformatrices, la *lex Julia* et la *lex Papia Poppæa*.

Aussi bien, toutes leurs dispositions sont-elles sans effet, les mœurs sont plus fortes :

Quid leges sine moribus
Vanæ proficiunt ? (3)

Et la vie de célibataire reste toujours, avant comme après, ce qu'il y a de plus désirable. « *Nihil esse prius*, dit Horace, *nil cœlibe vita* ».

Ces lois n'ont qu'un résultat, déplorable entre tous : c'est, si possible, de multiplier les divorces davantage encore.

D'une part, en effet, pour échapper aux peines du célibat,

(1) Petit carême. Fête de la Purification.

(2) Op. citat. p. 140.

(3) Horace, Od. III, 24.

on se marie à la hâte, sans choix, au hasard : de là, des unions incompatibles dont la rupture ne tarde pas à s'imposer.

D'autre part, pour ne pas être *orbus*, et, comme tel, frappé de pénalités, on répudie sa femme quand on n'a pas d'enfants d'elle. Nous sommes loin de Spurius Carvilius Ruga et de l'indignation soulevée par sa répudiation dont l'unique cause était cependant la stérilité de son épouse !

Avec les empereurs suivants, le mal ne fait que grandir encore ! Tibère divorce avec Agrippine et avec Julie. Quant à Caligula, il dépasse toutes les bornes, et Suétone (1) nous dit qu'il ne sait pas ce qu'il y a de plus honteux de ses mariages ou de ses divorces « *Matrimonia contraxerit turpius, an dimiserit, an tenuerit, non facile est discernere* » il faisait si peu de cas du mariage qu'il répudia plusieurs femmes au nom de leur mari absent. » *Quibusdam feminis absentium maritorum nomine, repudium ipse misit jussitque in acta referri.* (2) »

A cette époque, s'il faut en croire Senèque, les femmes comptaient les années, non par le nombre des consuls, mais par le nombre des maris qu'elles avaient eus : « *Numquid jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quædem ac nobiles feminæ, non consulum numero, sed maritorum annos suos computant, et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii. Infruita et antiqua est quæ nesciat matrimonium vocari unum adulterium* » (3).

(1) Vie de Caligula XXV.

(2) Suétone, op. citat. XXXVI.

(3) De beneficiis, Liv. III, ch. 16.

Juvénal raille de même les dames romaines qui trouvaient le secret de changer de maris huit fois en cinq ans :

Sic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos (Sat. II)

en même temps qu'il se moque agréablement des motifs vraiment puérils que, de leur côté, invoquaient les maris pour répudier leur femme : « Femme, vous mouchez trop ; partez au plus vite, nous attendons un nez moins humide que le vôtre. »

Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi ;
Jam gravis es nobis, et sæpe emungeris, exi
Ocius, et propera, sicco venit altera naso (Sat. VI).

SECTION II. — *Formes du divorce*

A la fin de la République, le divorce n'était soumis à aucune formalité, qu'il résultât de l'accord des parties ou de la volonté d'une seule.

Mais il n'en est plus de même à compter d'Auguste : du moins, il devient nécessaire de distinguer, à partir de cette époque, suivant qu'il s'agit de divorce *bona gratia*, ou de simple répudiation.

Le divorce *bona gratia* continue, en effet, à n'être astreint

à aucune forme, il suffit que les époux y consentent mutuellement comme ils ont consenti autrefois au mariage.

Mais, quant à la répudiation, au contraire, la loi Julia de adulteriis exige, pour sa validité, la présence de sept témoins citoyens romains pubères, sans compter l'affranchi chargé de remettre le libellus et qui doit avoir reçu la liberté du répudiant ou de l'un de ses ascendants : « Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis, præter libertum ejus qui divortium faciet. Libertum accipimus etiam eum, qui a patre, avo, proavo et ceteris sursum verum manumissus sit » (1).

Ainsi donc, trois conditions sont désormais exigées, à défaut desquelles la répudiation est nulle :

1° Qu'il y ait un libellus ;

2° Que ce libellus soit remis par un affranchi ;

3° Que cette remise ait lieu en présence de sept témoins ;

4° Il faut d'abord qu'il y ait un *libellus* contenant, comme nous l'avons déjà dit (V.p. LIII), une formule de répudiation.

Toute la difficulté est de savoir quelle était cette formule :

Des auteurs (2) ont soutenu que nous étions ici en présence d'un *actus legitimus*, que l'emploi de paroles sacramentelles y était, par conséquent, obligatoire, et que ces paroles étaient — en cas de répudiation par le mari : « Tuas res tibi habeto » — en cas de répudiation par la femme : « Tuas res tibi agito ».

(1) L. 9 Dig de divort. XXIV, 2.

(2) Notamm. Cujas, Pothier, Pandectes, XXIV, 2 art. 2 § 4.

A l'appui de cette théorie, ils invoquent le texte d'Ulpien déjà cité : « Nisi certo modo divortium factum est, pro infecto est » ; ce « certus modus » se réfère, disent-ils, aux verba solemnia qui sont dorénavant exigés, et prouve bien que le divorce est devenu un *actus legitimus*.

Mais l'opinion contraire nous semble devoir être préférée.

D'abord, la loi 77 De *Regulis juris*, qui énumère les *actus legitimi*, ne mentionne pas le divorce.

En outre, de nombreuses formules de répudiation, toutes différentes de celles ci-dessus indiquées, nous ont été transmises par les écrivains romains.

En voici une par exemple que nous trouvons dans Pétrone (*Le Satyricon*) : « Qui fidem solere violasti et communem amicitiam, res tuas ocius tolle, et alium locum quem pollues, quære ».

Martial en donne une autre :

« Uxor, vade foras, aut moribus utere nostris »

Epi^g. X, (105).

Nous n'en finirions pas, si nous devions citer toutes celles qu'on rencontre dans Juvénal, Apulée, etc.

La distinction qu'on prétend faire entre une formule spéciale aux hommes et une autre spéciale aux femmes n'est pas plus exacte, car, précisément celle qu'on réserve aux hommes « Tuas res tibi habeto », deux textes, au moins, nous la montrent employée par des femmes.

C'est d'abord l'*Amphytrion*, de Plaute, où Alcmène dit à son époux :

Va'eas, 'ibi *habeas* res tuas.

C'est ensuite une épigramme de Martial. (Liv, X, 41) qui n'est pas moins catégorique sur ce point :

J'm veterem, Proculeia, maritum
Deseris, atque jubes res sibi habere suas.

Il y a, au surplus, sur toute cette matière, un texte de Gaius qui nous semble enlever tout doute : c'est le fr. 2 § 1 *De divort. et repud.* où il déclare que les expressions « Res tuas tibi habeto » et « res tuas tibi agito » sont « comprobata » ; en se servant de ce mot, il prouve bien que ces expressions n'ont rien d'obligatoire, qu'elles sont seulement très en usage.

Nous concluons donc qu'aucune formule sacramentelle n'était ici de rigueur, il suffit que la volonté du répudiant soit clairement manifestée.

Mais encore faut-il, bien entendu, que cette volonté existe, et qu'elle soit réfléchie et persistante.

Il faut qu'elle existe : d'où nous devons conclure qu'un insensé ne peut répudier son conjoint ; son père seul pourrait, en son lieu et place, signifier le libelle de répudiation. Son curateur n'aurait pas ce droit ; il pourrait seulement, s'agissant d'une femme devenue folle au cours du mariage, faire condamner le mari à lui fournir des remèdes et des aliments ; les parents auraient ce même droit (1).

Il faut aussi que la volonté de répudier soit réfléchie : d'où

(1) L. 22 § 8 : Dig.de solut. matrim.

cette conséquence que, si le libelle avait été envoyé dans un moment de colère, *per calorem*, il y a lieu d'examiner la conduite ultérieure de l'époux répudiant ; s'il persiste dans sa résolution, le divorce existe ; sinon, le mariage est considéré comme ayant toujours subsisté, à moins que l'autre époux ne veuille lui-même divorcer (1).

Il faut enfin que la volonté de répudier persiste jusqu'au moment où le libelle est remis par l'affranchi : si par exemple, le répudiant vient à se repentir et que, néanmoins, le libelle soit remis par l'affranchi ignorant de ce changement d'intention, les justæ nuptiæ sont réputées n'avoir jamais été rompues, à moins que l'époux qui a reçu le libelle ne le tienne pas irrévocable (2).

2° La seconde condition requise pour la validité de la répudiation, c'est que le libellus soit remis par un affranchi.

C'était déjà, avons-nous dit, un usage très généralement suivi avant Auguste ; ce prince en fit une règle absolue. Dès lors, l'expression de « *libertum remittere* », envoyer l'affranchi devient synonyme de répudier.

Pas n'est besoin d'ailleurs que le libellus soit remis à la personne même du conjoint répudié : il suffit qu'il le soit à son paterfamilias ou, s'il est *sui juris*, à quelqu'un qui soit sous sa puissance (3).

A plus forte raison, son assentiment n'est-il pas nécessaire : c'est pour cette raison qu'un insensé peut très bien être ré-

(1) fr. 3 Dig. de divort. XXIV. 2.

(2) fr. 7. Dig. de divort. XXIV. 2.

(3) fr. 2. § 3. dig. de divort. XXIV. 2.

pudié (1), bien que ne pouvant pas répudier lui-même (v. p. LXXII).

3° Il est enfin nécessaire que sept citoyens romains pubères soient présents.

Cette exigence de la loi Julia de adulteriis se comprend à merveille depuis que, par suite de la législation nouvelle, le divorce est le point de départ de certains délais déterminés, notamment de ceux pendant lesquels elle est exposée à l'accusation d'adultère (v. p. LXXV), incapable d'aliéner ou d'affranchir ses esclaves (v. p. LXXVI), dispensée de se remarier (v. p. LXXX).

Il importe au plus haut point, pour tous ces motifs, que la date du divorce soit désormais bien fixée : la présence de ces sept témoins n'avait pas d'autre but (2). C'est une erreur, croyons-nous, de dire avec Godefroy qu'elle fut imposée par Auguste, en vue de retenir les époux dans le respect du lien conjugal, par la crainte de voir divulguer publiquement les secrets du ménage, car on ne voit nulle part l'obligation pour le répudiant de leur faire connaître les causes de sa répudiation : ils ne savent qu'une chose, c'est qu'il veut répudier.

Par dérogation à toutes les règles qui viennent d'être indiquées, il y a un cas où, par exception, la répudiation, bien que tacite, ne cesse pas d'être valable : c'est lorsqu'elle résulte de l'élévation, à la dignité de sénateur, du mari d'une affranchie. Puisqu'aux termes des lois Julia et Pappia Popæa une affranchie n'a pas le connubium avec un sénateur,

(1) fr. 4. Dig. de divort. XXIV. 5.

(2) Mazeroll, Trad. Pellat p. 441 § 188.

on est, en effet, obligé de considérer comme dissoutes les *justæ nuptiæ* contractées par une affranchie avec un individu qui, n'étant pas sénateur lors de la formation de ces *justæ nuptiæ*, le devient ensuite (1).

SECTION II. — *Effets du divorce*

C'est ici surtout que la législation de cette époque nous apparaît plus riche en documents que celle des périodes précédentes ; les hypothèses prévues y sont plus nombreuses, et aussi réglées d'une façon et plus minutieuse et plus juridique.

Nous l'envisagerons, pour l'étudier, à trois points de vue différents : — personne des époux — personne des enfants — biens.

§ 1. *Personne des époux*

A. Chacun des époux est immédiatement libre de tout engagement vis-à-vis de l'autre : notamment, il n'est plus tenu envers lui du devoir de fidélité.

a. — Et pourtant, chose curieuse, c'est seulement à partir de cet instant que la femme peut être recherchée à l'occasion des manquements à ce devoir, qu'elle a commis au cours

(1) C. 28, *cod. de nup.* V, 4.

du mariage : la poursuite en adultère n'est possible contre elle qu'après le divorce.

Mais elle ne peut être exercée, durant les 60 jours qui suivent, que par son mari et son père ; et c'est seulement passé ce délai que, durant quatre mois utiles, elle appartient à tout le monde (1).

Une incapacité spéciale découlait de là pour la femme, tout au moins en cas de divorce non bona gratia ; c'est que, pendant ce délai de 60 jours donné à son mari et à son père pour l'accuser, elle ne pouvait ni affranchir ni aliéner d'esclaves (2).

Comment expliquer cette disposition dont Ulpien est le premier à signaler lui-même l'extrême dureté ? (3).

Il faut, pour le faire, se rappeler d'abord que, si en principe, un esclave ne peut être ni torturé ni interrogé contre son maître, il en est tout autrement dans les accusations d'adultère (4) ; que jamais un affranchi ne peut l'être contre son patron même dans ce cas ; et que, si l'esclave d'autrui peut l'être, ce n'est que sous des conditions difficiles à remplir (5).

Or, quand il y a répudiation, l'adultère de la femme est probable.

Cela étant, on voit que la femme aurait eu un moyen facile de supprimer les témoignages d'esclaves qui lui auraient

(1) fr. 4 § 1, 11 § 4, 14 § 2, D. g. ad Leg. Jul. de adult.

(2) fr. 12 pr, fr. 14 pr. et § 4, qui et a quib.

(3) fr. 12 § 1, qui et a quib.

(4) fr. 13 pr. de quæst. XLVIII, 18.

(5) Paul. V, 16 § 3.

été défavorables : elle les aurait ou affranchis ou aliénés : tel est l'inconvénient auquel on avait voulu parer en édictant la prohibition que nous venons d'indiquer.

Que si cette prohibition cesse après 60 jours, c'est qu'une poursuite en adultère ne paraît plus alors vraisemblablement devoir se produire, puisque le mari et le père, les plus intéressés à agir, ne l'ont pas encore fait.

b. — De ce que la femme n'est plus astreinte à l'obligation de fidélité à compter du jour où les *justæ nuptiæ* sont rompues, il s'ensuit que les enfants, nés d'elle postérieurement à ce jour, ne sont plus réputés issus des œuvres de son ancien mari.

Il en est ainsi tout au moins, suivant les règles de la jurisprudence classique, pour ceux qui naissent plus de trois cents jours après le divorce ; car, pour ceux qui naissent au contraire moins de trois cents jours après, la présomption est, à l'inverse, qu'ils sont du mari divorcé et que la femme en était enceinte au moment où le divorce est intervenu (1).

Mais, en vue de cette hypothèse de la naissance des enfants postérieurs à la séparation des époux, et comme cette séparation rend toute surveillance personnelle impossible au mari, le législateur prend des mesures spéciales destinées à remplacer cette surveillance.

Deux cas doivent être distingués : --- ou bien la femme se prétend enceinte --- ou elle prétend le contraire.

(1) fr. 12, de stat. I, 5 ; fr. 3 §§ 11 et 12, de suis, XXXVIII, 16.

Dans le premier cas, une supposition de part est à craindre ; dans le deuxième, une suppression de part.

Le sénatus consulte Plancien et un rescrit de Marc-Aurèle s'ingénierent à empêcher l'une et l'autre.

Voici d'abord ce que décide, pour la première hypothèse, celle où la femme se prétend enceinte, le sénatusconsulte Plancien (1).

« Lorsque le divorce sépare les époux, si la femme se sait enceinte, elle doit dénoncer sa grossesse à son mari ou à son père dans le délai de trente jours, afin qu'ils envoient des gardiens pour l'examiner et la surveiller ; lorsqu'ils ont envoyé des gardiens, il ne peuvent pas ne pas reconnaître l'enfant. Si la femme n'a pas dénoncé sa grossesse ou n'a pas reçu les gardiens du ventre, le mari ou son père peuvent contester la paternité, sous préjudice du droit d'établir cette paternité par le *judicium de patre agnoscendo* (1). »

Le rescrit de Marc-Aurèle régleme ainsi l'autre hypothèse.

« Si la femme nie qu'elle soit enceinte du fait de son mari, celui-ci a le droit de procéder à l'enquête et de nommer des gardiens au ventre. L'enquête est faite par cinq sages-femmes, ce que la majorité déclare est tenu pour vrai. »

L'édit du Préteur est, sur ce point, des plus curieux, à cause du luxe de précautions, parfois brutales, qu'il ordonne :

« La femme doit accoucher dans la maison d'une femme

(1) Paul 11, 24 § 5 et 6 ; L. 1, de agnosc. XXV, 3.

très honorable que j'indiquerai moi-même. Trente jours avant l'époque où elle pense qu'elle doit accoucher, qu'elle le signifie aux intéressés ou à leurs mandataires, afin qu'ils envoient, s'ils veulent, des gardiens au ventre. Dans la chambre où la femme doit accoucher, qu'il n'y ait pas plus d'une entrée; s'il y en a d'autres, qu'elles soient fermées des deux côtés avec des planches. Devant la porte de cette chambre, trois hommes et trois femmes libres monteront la garde avec deux compagnons chacun. Toutes les fois que la femme ira dans cette chambre, ou dans une autre, ou au bain, les gardiens examineront la salle où elle entrera; et, si quelqu'un s'y introduit, qu'ils le chassent. Les gardiens en faction devant la porte peuvent chasser tous ceux qui entrent, soit dans la chambre, soit même dans la maison. Quand les douleurs de l'enfantement commenceront, que la femme le fasse savoir aux intéressés ou à leur mandataires, afin qu'ils envoient des gens en présence de qui elle accouchera. Qu'on envoie cinq femmes libres seulement, de sorte qu'outre les deux sages-femmes il n'y ait pas dans la chambre plus de dix femmes libres et six servantes. Qu'il y ait trois lumières au moins; car les ténèbres facilitent la fraude (1)».

B. — Chacun des époux peut contracter un nouveau mariage, s'il lui plaît.

Les lois caducaires en font même une obligation immédiate au mari, s'il veut échapper aux peines spéciales qui frappent les célibataires.

(1) Paul, 11 24, § 7 à 9; fr. 1 Dig. de insp. vent. XXV, 4.

La femme, au contraire, était, par convenance, dispensée de se remarier durant un certain délai qui, fixé d'abord à six mois, fut ensuite porté à dix-huit par la loi Pappia-Poppœa.

Mais encore une fois ce fut un pur sentiment de convenance qui décida le législateur d'alors à lui accorder cette dispense, — ce ne fut nullement la pensée d'éviter les confusions de part, puisqu'il n'y avait là pour elle qu'une faculté et non une obligation.

Elle pouvait, si elle le voulait, se remarier immédiatement, et avec qui lui plaisait.

Par exception cependant, elle ne pouvait pas épouser son complice d'adultère ; c'est, au moins, ce qu'il semble permis d'induire du fr. 40 pr. Dig. ad Leg. Jul. de Adult. XLVII, 5 ainsi conçu : « Quæsitum est, an ea quam maritus adulterii crimine se accusaturum minatus est, nec quicquam egit vel jure mariti vel jure publico, nubere possit ei, quem in ea rerum adulterii destinavit ? Paulus respondit, nihil impedire, quominus ei, quem suspectum maritus habuit, ea de qua quæritur, nubere possit, »

§ 2. — *Personne des enfants*

A l'époque précédente, la puissance paternelle était encore trop solidement constituée pour que l'on osât y soustraire les enfants nés du mariage, quels que fussent d'ailleurs les torts du père.

Mais, avec l'empire, au milieu de la désorganisation générale, elle ne tarda pas elle-même à perdre de sa force, et, au

droit du *paterfamilias* on commença à opposer celui des enfants.

C'est ainsi qu'Antonin le Pieux, s'occupant des enfants d'époux divorcés, déclara qu'il pouvait être préférable pour eux d'être élevés chez leur mère si leur père était indigne (1).

Dioclétien et Maximien, dans une Constitution de 293 (2), accordèrent au juge, à cet égard, tout pouvoir discrétionnaire, leur permettant de confier l'enfant à celui des deux parents, père ou mère, que, suivant les circonstances, ils jugeraient convenable.

§ 3. — *Biens des époux*

Une véritable transformation, nous l'avons vu (V. p. LVII), s'est opérée, à ce point de vue, dans les derniers siècles de la République : la dot, qui autrefois était toujours conservée par le mari, doit désormais, au contraire, être toujours restituée par lui lors du divorce : — soit que les parties l'aient ainsi stipulé quand elle a été constituée — soit même qu'il n'y ait eu aucune stipulation à cet égard.

L'action *ex stipulatu* dans le premier cas, l'action *re uxoriæ* dans le second, sont données contre lui, avons-nous dit, à l'effet de l'y contraindre.

Comment et suivant quelles règles avait lieu cette restitution à l'époque classique ? C'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher, en distinguant nettement l'une de l'autre les deux

(1) fr. 1 § 3 de liber. exhib.

(2) C. unic Cod. de divort. V, 25.

hypothèses que nous venons d'indiquer, — celle où il y a eu stipulation — celle où il n'y en a pas eu : elles sont, en effet, exclusives l'une de l'autre, et l'action rei uxoriæ n'est pas accordée quand il est possible d'agir ex stipulatu (1).

A. — *Il n'y a pas eu de stipulation.* — Alors la restitution est demandée en vertu de l'action rei uxoriæ.

L'origine historique de cette action nous est connue (v. p. LVII) : elle servira à nous faire connaître les particularités qui la distinguent de toutes les autres.

Ces particularités se rattachent à une double idée sur laquelle nous avons déjà insisté.

I. — Elle est donnée à la femme pour lui permettre de remarier.

II. — Le juge y a des pouvoirs très larges.

I. De ce qu'elle est accordée à la femme pour lui faciliter un nouveau mariage, il faut nécessairement en conclure qu'elle ne peut être exercée que par elle seule.

Cette règle était appliquée dans toute sa rigueur lorsque la femme était sui juris : on refusait impitoyablement le droit d'agir à tout autre qu'à elle.

On le refusait notamment à ses héritiers, à moins qu'avant de mourir, elle n'ait mis son mari en demeure : « Post divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit » (Ulpien, VI, 7).

(1) C. unic. § 13, C. de rei ux. act. VI, 13.

On le dénie également, même lorsqu'il s'agit de dot profectice, à son père émancipateur, bien qu'en définitive la dot, autrefois constituée par lui, ait été sa propriété.

De même encore, et dans cette même hypothèse de dot profectice, à supposer que le père soit venu à mourir en exhéredant sa fille bénéficiaire de la dot ou en la laissant en concours avec d'autres héritiers, cette fille jouit seule, à l'exclusion de tous autres, de la faculté d'intenter l'action rei uxoriæ, sauf à elle, le cas échéant, à rapporter à ses co-héritiers le profit qu'elle en aura tiré (1).

Mais que décider lorsque la femme est alieni juris ?

Le droit commun, c'est que l'enfant in potestate ne peut introduire aucune instance judiciaire, le paterfamilias seul a qualité pour agir.

Mais, en notre matière, il résulte des textes (2) qu'il en était autrement ; l'action ne pouvait être formée que par le père et la fille réunis. « Quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filice persona habuit actionem. » (3)

D'où vient cette décision tout à fait exceptionnelle ?

Voici d'abord une première explication qui en a été proposée :

Suivant certains auteurs (4), l'action rei uxoriæ appartient drait en principe, comme toutes les autres, au pater-familias seul : l'obligation pour lui de s'adjoindre sa fille à l'effet de

(1) L. unie § 11, C. de rei ux. V, 43.

(2) fr. 2 § 1, fr. 3 sol. matrim ; fr. 34 § 6, dig. de sol. XLVI, 3.

(3) Ulpian, VI, 6.

(4) Accarias, op. citat. 11, 832.

l'intenter ne serait qu'une mesure de défiance à son égard : on se souvient, en effet que le *pater-familias* avait, jusqu'à Antonin le Pieux, le pouvoir d'imposer le divorce à sa fille ; eh bien, dit-on, c'était par crainte qu'il n'abusât de ce pouvoir, dans un but de lucre, pour recouyrer et s'approprier la dot, qu'on ne lui avait permis d'en poursuivre le recouvrement qu'avec le concours de sa fille.

Si plausible que puisse paraître cette théorie, elle nous semble devoir être rejetée en présence de nombreux fragments des jurisconsultes (1), aux termes desquels la dot ne fait point partie du patrimoine du *pater-familias* : à lire ces textes, il semble bien, au contraire, que, dès cette époque, on la considère comme formant un patrimoine spécial à la *filia familias*, tout à fait distinct de celui du père « *filia proprium patrimonium* » (2), c'est le premier des « *bona adventitia*. »

Aussi bien cette solution découle-t-elle tout naturellement du but cherché par le législateur lorsqu'il proclame la dot restituable (V. p. LVI) ; pour que l'épouse divorcée puisse se remarier, il faut qu'elle ait une dot, que cette dot soit bien à elle et ne dépende point du caprice d'un autre ou de la volonté d'un autre.

S'il en est ainsi, il va de soi qu'on ait reconnu à la *filia familias* elle-même le droit d'intenter l'action *rei uxoriæ*, puisque cette action ne tend, en définitive, qu'à lui faire remettre des biens dont elle est seule propriétaire.

(1) fr. 71 Dig. de evict. XXI, 2 ; fr. 4, de coll. Dig. XXXVII, 6 ; fr. 3 § 5, Dig. de min. IV, 4 ; fr. 16, Dig. de relig. XI, 7 ; fr. 14 Dig. ad leg. Falcid. XXXV, 2.

(2) fr. 3 § 5, Dig de min. IV, 4.

Que si néanmoins on exige l'intervention de son père, (1) c'est sans doute par respect pour la puissance paternelle et peut-être aussi à cause de l'ignorance des femmes en affaires (2), cette « ignorantia rerum forensium » dont parle Gaïus (3) et au nom de laquelle les Romains les tinrent si longtemps en tutelle perpétuelle.

II. Le juge a, dans l'action rei uxoriæ, des pouvoirs très larges. — C'est un souvenir des antiques *cautiones* et de la latitude dont y jouissait le juge.

On y tient compte, avant tout, de l'équité, du « quod æquum melius » ; aussi Gaïus (4) nous apprend-il que sa formule était « in bonum et æquum concepta » ; par suite, avec certaines autres actions telles que l'action de sepulcro violato, l'action injuriarum, etc., elle faisait partie, tout au moins à ses débuts (5), d'un groupe d'actions d'une nature toute spéciale, et qui, à côté des actions « stricti juris » et « bonæ fidei », constituait une 3^e catégorie, celle des « actions in bonum et æquum conceptæ ».

Plus tard, s'il faut en croire certains auteurs et les nombreux textes qui la présentent comme telle (6), elle prit

(1) C'est à raison de la nécessité de cette intervention que, dans plusieurs passages du Digeste, la dot est présentée comme commune à la fois à la fille et au père (fr. 3 Dig. de sol. mat. XXIV, 3 ; fr. 34 § 6, Dig. de sol XLVI, 3). Mais ce serait une erreur, pensons-nous avec M. Gérardin, à son cours sur *l'Indivision*, de croire à l'existence d'une copropriété entre eux.

(2) M. Gérardin, à son cours sur *l'Indivision*.

(3) I § 144 et 190.

(4) fr. 8 Dig. de cap. min. IV, 5.

(5) Accarias 11, 869.

(6) fr. 36, Dig. de pec. XV, 1 fr. 21, Dig. de sol mat. XXIV, 3.

place parmi les actions de bonne foi, mais son caractère primitif ne disparut jamais complètement, et on a pu dire avec juste raison qu'elle fut toujours de bonne foi entre toutes les actions de bonne foi (1), c'est-à-dire que le juge y eut toujours une faculté d'appréciation beaucoup plus considérable que dans n'importe quelle autre.

Cette faculté d'appréciation portait sur une double question : — 1° que doit restituer le mari ? — 2° quand doit-il opérer cette restitution ?

1° Que doit restituer le mari ? — En principe, il lui faut rendre tout ce qu'il a reçu, c'est-à-dire le capital dotal, sans compter, s'il s'agit de corps certains, les produits accessoires et les fruits depuis la dissolution du mariage.

Mais il y a des circonstances où cette restitution intégrale serait profondément inique ; les faits et gestes de la femme dans le passé, les charges que le mari aura à supporter dans l'avenir peuvent être pour lui autant de causes légitimes de retenir par devers lui partie de la dot.

Autrefois les causes de retenue étaient souverainement déterminées et appréciées par le juge.

Mais, des abus s'étant produits, elles furent législativement fixées et réglementées.

Ulpien (2) nous apprend qu'elles étaient au nombre de 5 : « Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas ».

(1) Accarias, II, 869.

(2) VI, 9.

Quand il y avait-il lieu à chacune de ces retenues? — Comment pouvaient-elles être exercées? — Pouvaient-elles être cumulées?

Telles sont les trois questions qu'il nous faut maintenant examiner rapidement.

A. Quand y avait-il lieu à « *retentio* » de la part du mari? — C'est ce que nous allons d'abord essayer d'indiquer, en reprenant l'une après l'autre chacune des 5 retentiones dont parle Ulpien dans le texte sus-indiqué :

A. — *Propter liberos.*

B. — — *mores.*

C. — — *impensas,*

D. — — *res donatas.*

E. — — *res amotas.*

a. *Propter liberos.* — Ulpien (1) nous indique ainsi quand a lieu cette « *retentio* » et en quoi elle consiste : « *Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris cujus in potestate est, divortium factum est ; tum enim singulorum librorum nomine sextoe retinentur ex dote, non plures tamen quam tres* »

Deux conditions sont donc exigées pour que cette retenue puisse être exercée.

Tout d'ab ord, il faut que ce divorce ait eu lieu par la faute de la femme ou par celle de son paterfamilias.

En conséquence, le juge devra rechercher et apprécier les

(1) VI, 40

circonstances qui ont déterminé la rupture des époux, sans avoir d'ailleurs, au moins en principe, à se préoccuper de savoir lequel des deux a remis le libelle de répudiation ;
 « La faute, dit en effet Papinien, n'est pas imputée à l'époux par qui a été envoyé le nuntius, mais à celui qui a mis son conjoint dans la nécessité de l'envoyer. »

Il y a pourtant un cas où le fait seul d'avoir pris l'initiative de la répudiation, constitue un époux en faute : c'est lorsque cet époux n'avait aucun motif légitime de répudiation.

Mais que fallait-il entendre, à cette époque, par motif légitime de répudiation ? Il est assez difficile de le savoir.

Cependant, les textes indiquent comme tels : la stérilité, la vieillesse, la maladie, le service militaire, le sacerdoce (1).

Il faut y ajouter encore l'impuissance du mari et l'adultère (2).

Que décider de la folie ? — Il paraît y avoir eu des hésitations à cet égard.

En effet au fr. 4 Dig. *de Divort.*, Ulprien, décide, d'accord avec Julien, qu'elle est une cause suffisante de divorce ; tandis qu'au fr. 22 § 7 Dig. *de sol. matrim.*, il ne la considère comme telle que lorsqu'elle est dangereuse et incurable. En dehors de ce cas, il dit formellement qu'il y aurait faute, de la part d'un conjoint, à répudier son conjoint insensé : « si furenti nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas ». La raison qu'il en donne est inspirée des sentiments les plus

(1) fr. 60 § 1, 61, 62, Dig. de Don. inter vir.

(2) C'est même, pour le mari, un motif si légitime de répudiation que la loi, nous l'avons vu, lui en fait une obligation.

élevés « Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse ».

En second lieu, pour que la retenue propter liberos puisse être pratiquée, il faut qu'il y ait des enfants issus du mariage ; elle est en effet fixée à $\frac{1}{6}$ de la dot par enfant, sans pouvoir dépasser d'ailleurs, en totalité, la moitié de cette dot.

De l'énoncé même de cette double condition, il résulte que cette retenue n'avait pas seulement pour but de punir la femme de la faute par elle commise ; elle était aussi, et peut-être surtout, comme son nom même l'indique, destinée à permettre au mari de faire face aux dépenses occasionnées par l'entretien et l'éducation des enfants qui restaient confiés à sa garde, nous en trouverions au besoin la preuve dans un passage des Topiques de Cicéron, où il est question de deux personnes mariées sans avoir entr'elles le connubium ; la femme, ignorant la nullité du mariage, envoie à son mari le libelle de répudiation.

Or, en pareil cas, ajoute Cicéron, « les enfants suivant la mère, il n'y a pas lieu à retention propter liberos. »

Qu'est-ce à dire si non que cette rétention n'est accordée au père que lorsque les enfants restent avec lui ?

Nous tirons de là cette conséquence que même s'agissant de *justæ nuptiæ*, puisqu'à partir d'Antonin les enfants purent être enlevés au père pour être remis à la mère, une troisième condition dut dès lors être ajoutée aux deux mentionnées ci-dessus pour qu'il y ait lieu à la *retentio propter liberos* : c'est que les enfants demeurent confiés au père.

Voici encore une autre conséquence, déduite par les jurisconsultes, de l'idée que cette retenue est moins une peine qu'une indemnité accordée au paterfamilias ; des conventions jointes à la constitution de dot peuvent déroger aux règles que nous venons d'exposer, et, par exemple, autoriser la retenue, soit indépendamment de toute faute de la femme, soit dans une proportion supérieure à $\frac{1}{6}$ par enfant et même pour le tout ; (1) de telles conventions sont considérées comme n'ayant rien de contraire au principe suivant lequel doivent être annulées les peines stipulées contre l'époux qui divorcerait, (2).

b. Propter mores. — Par « mores », il faut entendre ici l'inconduite de la femme,

Cette inconduite est grave et légère : « Graviora sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. »

Il y a inconduite grave dans le cas d'adultère — inconduite légère dans tous les autres cas où la femme est en faute, et nous savons déjà (v. p. XX) qu'il peut y avoir faute dans le seul fait d'envoyer le repudium sans motif légitime.

En principe, le mari a le droit d'exercer une retenue dans tous les cas d'inconduite de sa femme, que cette inconduite soit grave ou légère ; la quotité en est seulement différente, suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre ; elle est du $\frac{1}{6}$ pour l'inconduite grave, du $\frac{1}{8}$ par l'inconduite légère.

(1) *Fr. vat.* § 2 106 et 107 ; fr. 2. Dig. de pact. dot, XXIII, 4.

(2) fr. 2, C. de stipul. VIII, 39.

(3) Ulpian, VI, 12.

Il y a deux cas où cependant le mari ne peut, par exception, prétendre à une *retentio propter mores*.

C'est d'abord lorsque lui-même a des torts à se reprocher : il s'opère alors, entre lui et sa femme, une sorte de compensation « *paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.* » (1).

C'est ensuite, dans l'hypothèse de l'adultère de la femme, lorsqu'avant le mariage cette femme était *lena* ou comédienne (2) : les Romains estimaient qu'il était impossible à une pareille femme de rester fidèle à leur mari, et qu'en tous cas celui-ci avait bien su, en se mariant, à quoi il s'exposait.

Des explications qui précèdent, il ressort très nettement qu'à la différence de la *retentio propter liberos*, la *retentio propter mores* a un caractère exclusivement pénal ; pour cette raison, elle est d'ordre public, et, par suite, nulle convention ne peut l'exclure ni en modifier la quotité. (3).

c. Propter impensas. — Pour savoir de quelles impenses le mari peut exercer la retenue, il faut avec Ulpien (4) en distinguer trois espèces :

« *Impensorum species sunt tres : aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae.*

« *Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior*

(1) fr. 39, Dig. de solut. matrim. XXIV, 3.

(2) fr. 10 § 2, Dig. ad. leg. adult. XI.VIII, 5.

(3) fr. 6 pr. Dig. de pact. dot. XXIII, 3.

(4) Ulpien, VI, 14-17.

futura esset, veluti si quis ruinosas aedes refecerit.

« Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior affecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit.

« Voluptuosæ sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est : quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus. »

Chacune de ces trois catégories d'impenses est soumise, au point de vue qui nous occupe, à des règles tout à fait différentes :

S'agit-il d'impensæ voluptuariæ, elles ne donnent au mari le droit d'exercer aucune retenue, que la femme les ait d'ailleurs ou non approuvées ; il ne peut qu'enlever du fonds dotal tout ce qui peut en être séparé sans détérioration.

Il n'aurait le droit de pratiquer une *retentio* que, si cette séparation étant possible, la femme s'y opposait néanmoins. (1)

S'agit-il d'impensæ utiles, suivant une opinion qui, du temps de Paul (2) et, s'il faut l'en croire, trouvait encore des contradicteurs mais qui, plus tard, fut unanimement admise, une distinction doit être faite entre celles de ces impenses qui ont été faites avec le consentement de la femme et celles qui n'ont pas été approuvées par elle.

Pour les premiers, le mari a droit à une retenue.

Pour les secondes, il n'a que la faculté d'enlever ce qu'il

(1) fr. 9 et 11, Dig. de imp. in rei dot fact. XXV, 1 ; l. unic. § 5 cod. de rei ux. act.

(2) fr. 8, Dig. de imp.

peut,— et cela se conçoit très bien comme l'explique le jurisconsulte : « iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest. »

S'agit-il d'*impensæ necessariæ*, un grand nombre de textes (1) posent en principe que « *Impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* », c'est-à-dire que, pour de telles impenses, le mari n'avait même pas besoin de pratiquer une retenue ; de plein droit, et par la seule force de la loi, la dot se trouvait diminuée du montant de ces impenses.

Mais c'est là une formule trop absolue.

D'abord, parmi ces impenses nécessaires, il en est quelques-unes pour lesquelles le mari ne peut même pas exercer une « *retentio* », ce sont celles d'entretien, c'est-à-dire, d'une façon générale, celles qui, bien qu'indispensables à la conservation de la chose, tendent avant tout à la satisfaction d'un intérêt présent, et, suivant l'expression d'Ulpien (2), à la production des fruits de l'année, comme par exemple les frais de nourriture des esclaves, de culture des terres, etc. : de telles impenses, sont, en effet, chargées de la jouissance, et, par suite, elles doivent être rapportées par le mari tant qu'il recueille les fruits « *Tueri res dotales vir suo sumptu debet.* » (3)

Même pour les autres impenses nécessaires, les jurisconsultes, interprétant la règle « *Impensæ necessariæ ipso jure*

(1) fr. 1 § 4, Dig. de dot, vrœl. XXXIII, 4 ; fr. 56 § 3 Dig. de jure dot. ; fr. 5 fr. Dig. de imp.

(2) fr. 3. Dig. de imp.

(3) fr. 15 Dig. de imp.

minuunt » sont d'accord (1) pour n'en faire l'application littérale qu'au cas où la dot se compose uniquement d'argent : » Ubi ergo, dit Ulpien, admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri ? ubi non sunt corpora, pecunia, nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri ; proinde si æstimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias.

De plein droit, le montant du capital dotal, dû par le mari, se trouve alors diminué d'une somme égale au chiffre des impenses nécessaires qu'il a faites ; c'est une véritable compensation, qui s'opère par la seule force de la loi, sans que le juge ait à intervenir, sans que le mari ait de retentio à faire.

Mais il n'en est plus de même quand la dot se compose de corpora ; l'application littérale du principe mènerait alors, en effet, à une véritable absurdité, car comment d'un *corpus*, d'un immeuble par exemple retrancher une somme d'argent ? sans compter qu'à supposer la chose possible, on arriverait alors à faire cesser la dotalité du fonds, au moins pour partie : Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum (ut et Pomponius ait), non ut ipsæ res corporaliter diminuantur ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus ; etenim absurdum est, diminutionem corporis fieri propter pecuniam ; ceterum, hæc res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus. »

Ce n'est donc pas sur les corpora que porte alors la diminution, mais c'est sur la dot tout entière, sur l'universitas dotis ;

(1) Ulpien fr. 5 pr. Dig. de imp. ; Gaius, fr. 56 § 3. Dig. de jure dot. XXIII, 3.

tel est, dans l'espèce, le sens qu'il faut attribuer à la règle précitée : « Quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum. » (1)

Pratiquement, cela se traduit par le droit pour le mari de détenir le fonds dotal jusqu'à ce qu'il ait été payé des avances : « manebit maritus in rerum detentionem donec ei satisfiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio. » (2)

Que si la dot comprend à la fois une somme d'argent et des impenses, le montant se compensera avec cette somme d'argent jusqu'à due concurrence, puis, si ladite somme est insuffisante, le mari aura le droit de rétention sur les corpora tant qu'il n'aura pas été intégralement désintéressé (3).

d. Propter res donatas. — Il s'agit ici des choses que le mari a données à sa femme au cours du mariage.

Le plus souvent, en effet, il a le droit d'en exercer la retenue — aussi bien d'ailleurs avant l'oratio Antonini qu'après :

Avant l'oratio Antonini — car alors les donations entre époux étaient nulles ; il faut cependant faire exception pour celles qui étaient faites *divortii causa*, en vue d'un divorce *bona gratia* « Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessæ sunt, sæpe enim invenit, uti propter sacerdo-

(1) fr. 1 4, Dig. de dote præleg.

(2) fr. 5 pr. Dig. de imp.

(3) fr. 56 § 3, Dig. de Jure dot. XXIII, 3,

tium vel etiam sterilitatem, vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit ; et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur ». (1)

Après l'oratio Antonini : car le divorce entraînait la nullité des donations consenties durant le mariage. — Pourtant, même alors, fallait-il rechercher quelle était la volonté du donateur une fois le divorce intervenu, car il dépendait de lui de confirmer la donation : « Si divortium post donationem intercessit aut prior decesserit qui donum accepit, veteri juri statum : hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio ; quod si non vult, exstinguitur, plerique enim cum bona gratia discedunt, plerique cum ira sui animi et offensa. (2)

e. Propter res amotas. — Ce sont les choses que la femme a détournées au mari divortii causa,

Rien de plus naturel, par suite, que d'autoriser ce dernier à les retenir sur la dot.

B. — Comment le mari exerçait-il les rétentions. — Le plus souvent, c'était à l'aide de l'action rei uxoriæ et par voie d'exception.

Il ne lui était même pas possible de procéder autrement pour la retentio propter liberos, du moins c'est Ulpien qui le dit (3) « Sexto in retentionesunt non in petitione » pourquoi ? Il est assez difficile de le dire exactement, à moins d'invoquer le motif sur lequel Justinien se fondait plus tard pour suppri-

(1) fr. 60 § 1, 64 et 62 pr. Dig. de donat XXIV, 1.

(2) fr. 32 § 10, Dig. de don. XXIV, 1.

(3) Ulpien, VI, 10.

mer cette retentio « ipse naturalis stimulus parentis ad liberorum suorum educationem hortatur » (1).

Mais, pour chacune de ces autres rétentions, le mari avait, au besoin, une ou plusieurs actions qui lui permettaient d'en poursuivre le recouvrement contre la femme, sans agir par voie d'exception.

Il semble, cependant, qu'on ait fait des difficultés pour lui en accorder une au cas d'*impensæ necessariae* : « Si dos tota soluta sit non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id quod pro impensis necessariis compensari solet ; et Marcellus admittit conditioni esse locum ; sed, etsi plerique negent, tamen, propter æquitatem, Marcelli sententia admittenda est (2). — Cette résistance des jurisconsultes à donner une *condictio* au mari, dans cette hypothèse, vient sans doute de ce qu'ils n'en voyaient pas la nécessité en présence de la règle « *Impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt.* » Mais nous avons déjà vu que cette règle ne recevait son application complète, que si la dot se composait exclusivement de *pecunia* et non si elle se composait de *corpora*.

Une action spéciale était également accordée au mari pour les *impensæ utiles*, dans le cas où il aurait pu les retenir, c'est-à-dire lorsque la femme les avait approuvées : c'est ce que dit Ulpien, nous semble-t-il, au au fr. 7 § 1 du Digeste XXV, 1 : « *Utiles non quidem minuunt ipso jure dotem, verum tamen habent actionem* ». L'action donnée au mari était alors, suivant les circons-

(1) C. 1 § 5, cod. De rei uxor. V, 12.

(2) fr. 5 § 2 Dig. de imp. XXV, 1.

tances, ou l'action mandati, ou l'action negotiorum gestorum (1).

Propter mores, le mari avait aussi une action dont parlent d'assez nombreux textes : c'est le *judicium de moribus* (2).

Comme la *retentio propter mores*, et pour la même raison, ce *judicium* avait un caractère exclusivement pénal, en vertu duquel on lui appliquait les mêmes règles qu'à l'action *injuriarum* — c'est-à-dire notamment qu'il ne pouvait être exercé ni par les héritiers ni contre eux, qu'il ne pouvait concourir avec l'action publique et s'éteignait, par suite, dès que le mari avait, par exemple, intenté le *judicium de adulteriis* ; de même était frappée de nullité toute convention tendant à en restreindre l'exercice (3).

Aussi bien, si l'on en croit Justinien (4), ce *judicium de moribus* était-il fort peu usité.

Quant aux *res donatas*, comme la donation est censée n'avoir jamais existé, il a toutes les actions qu'il aurait sur les choses données s'il ne l'avait pas faite, c'est-à-dire, suivant les cas, une revendication, une *conditio*, etc.

Enfin, en ce qui concerne les *res amotas*, il a, pour se les faire restituer, l'action *rerum amotarum* (5).

C. — *Les retentiones pourraient-elles être cumulées ?* — Rationnellement, l'affirmative ne semble pas douteuse, cha-

(1) Cpr. C. 1 § 5, de rei ux. V, 12.

(2) Gaius IV, § 102 ; fr. 5 fr. Dig. de pact dot. XXIII, 4 ; C. 1, C. Th. de Dot. III, 13 ; C. 1, C. Th. XX, 20.

(3) fr. 5 pr. Dig. de pact dot. XXIII, 4.

(4) C. 11 § 2, Cod. De rep. V, 174

(5) fr. 23-25, 30 Dig. Rer. omot. XXV, 2.

cune de ces rétentions ayant une cause distincte de celle des autres et nullement incompatible avec elles.

On l'a nié cependant, en se fondant, il est vrai, sur un texte d'une obscurité compacte ; c'est le § 11 du titre 6 des Règles d'Ulpien : « Dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit ».

Que signifie ce texte ?

Suivant Cujas, il faudrait le traduire ainsi : Une dot qui a rempli sa fonction de dot, ne peut la remplir à nouveau que par un autre mariage. »

Mais c'est là une vérité tellement évidente, qu'il est à peu près impossible de prêter à Ulpien l'intention de la proclamer — il a voulu dire autre chose.

Seulement, qu'a-t-il voulu dire ? C'est ici qu'intervient l'interprétation, à laquelle nous faisons tout à l'heure allusion et dont on part pour rejeter le cumul des retentions ; dans cette interprétation, en effet, voici le sens qu'il faudrait attribuer au passage précité : « Une dot qui a déjà subi une rétention, n'en peut subir une seconde qu'à la suite d'un nouveau mariage (1). »

Mais il faut avouer que cette traduction force à tel point le texte qu'à bon droit on a pu la qualifier de fantaisiste. Aussi n'a-t-elle pas manqué d'être très vivement combattue (2).

Il n'y a rien à tirer, par suite, contre le cumul des retentions, de ce fragment d'Ulpien, dont nous croyons au surplus,

(1) En ce sens, Hugo, *civ. magn.* T. IV p. 396. Cette opinion a été également adoptée par Hasse et par Glück.

(2) Notamment, par Schilling et par M. Tigerstrom.

avec M. Pellat (1) que, dans l'état actuel des textes, il est plus sage de ne pas se préoccuper, jusqu'à la découverte de quelque document nouveau qui vienne permettre d'en pénétrer le sens énigmatique.

2° Quand le mari doit-il opérer la restitution de la dot. — C'est sur ce second point, avons-nous dit (v. p. LXXXVI) que se manifeste la faculté d'appréciation du juge de l'action rei uxoriæ. — Voici comment :

En thèse générale, le mari avait trois ans pour rendre, et ce par tiers, les parties de la dot qui consistaient en sommes d'argent ou autres quantités ; mais, quant aux corpora, aucun délai ne lui était accordé, il lui fallait les restituer immédiatement à la femme, qui dès lors en percevait les fruits : « Dos, si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur, nisi si ut præsens reddatur, convenierit. Reliquæ dotes statim redduntur » (2).

Mais, nous apprend Ulpien (3), il était dérogé à ces règles dans le cas d'inconduite du mari, *propter mores mariti* : c'est ainsi que s'exerçait le pouvoir du juge : il avait à examiner et à apprécier la conduite du mari, et, si elle lui paraissait coupable, à lui appliquer les peines pécuniaires que lui permettait la loi.

Ces peines étaient différentes suivant que l'inconduite du mari était grave ou légère : inconduite grave, inconduite légère, nous savons déjà ce que signifient ces expressions que nous avons expliquées à l'égard de la femme. (V. p. LXXX.)

(1) Textes sur la dot, p. 35.

(2) Ulpien, VI, 8.

(3) op. cit. VI, 13.

Or donc, voici en quoi consistaient ces peines :

La dot était-elle de celles qui devaient être rendues en trois termes d'une année chacun, d'après le droit commun ? si l'inconduite du mari était *grave*, il était condamné à les rendre sans délai ; si elle était *légère*, il n'avait plus, pour le faire, au lieu de trois ans, que six mois, mais pouvait s'acquitter par tiers.

La dot devait-elle être restituée immédiatement, comme se composant de *corpora* ? Le mari coupable devait ajouter à la restitution de ces *corpora* la quantité de fruits correspondante au temps dont la restitution était avancée la dot remboursable en trois ans, c'est à dire, en cas d'inconduite grave, les fruits de deux années et, en cas d'inconduite légère, ceux d'une année (1).

Voilà donc le châtiment dont étaient frappées les mauvaises mœurs du mari. Si on le compare avec celui infligé à la femme dans le même cas (v. p. XC), on peut remarquer, avec M. Pellat (2), que ces châtiments, s'ils étaient semblables, n'étaient ni égaux ni même proportionnels d'une hypothèse à l'autre. — Ils n'étaient pas égaux, car, là où la femme perdait $\frac{1}{6}$ ou $\frac{1}{8}$ de sa dot, le mari perdait la jouissance du capital pendant un an ou deux. — Ils n'étaient même pas proportionnels entr'eux dans les deux hypothèses, puisque, du plus grave au moins grave, la peine variait de $\frac{1}{6}$ à $\frac{1}{8}$ pour la femme, de 1 à 2 pour le mari.

Terminons par une observation déjà faite (v. p. XCI) : c'est que dans le cas de réciprocité des torts des deux époux,

(1) Ulpien VI, 13.

(2) Textes sur la dot, p. 26.

aucune peine n'était appliquée ni à l'un ni à l'autre, et que, par conséquent, les délais de restitution de la dot étaient ceux du droit commun.

B. — Il a été fait une stipulation de restitution de la dot.

C'est alors, avons-nous dit, l'action *ex stipulatu* qui sera donnée contre le mari, et cette action, si on la rapproche de l'action *rei uxoriæ*, du moins sous les points de vue que nous avons étudiés, va nous apparaître gouvernée par des principes diamétralement opposés.

I. Elle n'est pas donnée à la femme pour lui permettre de se remarier ; elle n'est qu'une conséquence du contrat de stipulation intervenu, et, par suite soumise, quant à la détermination des personnes qui peuvent l'exercer, aux règles ordinaires des actions *ex stipulatu* :

1° Si la femme est *sui juris*, elle est transmissible à ses héritiers ;

2° Si la femme est *alieni juris*, elle ne peut être exercée que par le *paterfamilias* seul, sans qu'il ait besoin d'avoir à cet effet le consentement de sa fille.

II. C'est une action essentiellement *stricti juris* ; par conséquent :

1° Elle ne comporte aucune espèce de rétentions, sauf *propter impensas necessarias* ;

2° Aucun délai n'est accordé au mari pour la restitution.

CHAPITRE IV

DEPUIS CONSTANTIN JUSQU'À JUSTINIEN

§ 1.

Avec Constantin et l'édit de Milan, une nouvelle doctrine, appelée à le révolutionner, pénètre dans le vieux droit romain : c'est la doctrine chrétienne dont les enseignements sont si différents, sur tant de points, de ceux professés par les jurisconsultes, surtout en matière de morale et d'organisation de la famille.

Il suffit, pour n'en donner qu'un exemple, de citer le mariage et le célibat.

Tous les efforts du législateur à Rome, nous l'avons répété à maintes reprises, ne tendaient qu'à proscrire le célibat et à encourager au mariage.

Avec le christianisme, le point de vue est complètement changé, c'est l'inverse qui est vrai : le mariage est condamné

la continence est recommandée et même ordonnée : « Mettons la main à la cognée, dit saint Jérôme, et coupons par ses racines l'arbre stérile du mariage. Dieu avait bien permis le mariage au commencement du monde, mais Jésus-Christ et Marie ont consacré la virginité »

Suivant l'expression de M. Gide, le mariage n'apparaît plus que comme un mal nécessaire qu'il faut tolérer, mais dont on doit restreindre l'usage. Dès le IV^e siècle, la sainteté parfaite de l'union conjugale ne compte plus pour défenseurs que quelques hérésiarques comme Jovinien et Vigilance. La doctrine générale des Pères, c'est que le mariage est une suite du péché originel, et que, sans la première faute, Dieu aurait pourvu autrement à la conservation de l'espèce humaine. Des écrits des Pères, cette doctrine passe bientôt dans les lois. L'Eglise défend le mariage à ses clercs, et ne pouvant l'interdire aux simples fidèles, elle s'applique à en restreindre l'usage et à le réduire pour ainsi dire, au strict nécessaire. Le principe professé par les Pères, c'est qu'il n'est jamais permis de se marier qu'une seule fois. Tout second mariage, disent-ils, n'est, au fond, qu'un adultère.

Est-il besoin d'ajouter que, sous l'empire de telles idées, le divorce était désormais interdit ?

Pourtant, ce serait une erreur de croire que, dans ces premiers siècles de la chrétienté, il le fut d'une façon absolue.

Il y avait tout au moins une circonstance où le mariage pouvait être rompu, c'était dans le cas de « fornication » de la part de la femme.

A cette première cause légitime de divorce, saint Paul en

ajoute une seconde : supposant qu'un des époux est infidèle en matière de foi et vient à se séparer de l'autre, l'apôtre déclare que ce dernier n'est plus assujéti et peut se remarier.

Des théologiens nombreux et des plus éminents, comme saint Epiphane, saint Ambroise, Astérius, évêque d'Amasie, étaient contraires à la prohibition complète du divorce ; et saint Augustin lui-même, bien qu'il en fût partisan, avouait cependant que c'était là une question très obscure et très embrouillée (*obscurissima et implicatissima*), et que chacun était libre, à cet égard, de croire ce qui lui plaisait.

Mais, malgré ces dissidences, il est certain que la tendance générale, sinon universelle, était de rendre le mariage aussi indissoluble que possible,

C'était là l'esprit de la législation canonique, et, par suite, ce fut celui de la législation civile elle-même, du jour où avec Constantin, la religion chrétienne monta sur le trône.

Et c'est pourquoi ce prince, dès l'an 531, supprima presque, par une constitution demeurée célèbre, la faculté par les époux de briser leur union (1).

Désormais, en effet, il ne leur fut plus permis de répudier leur conjoint que chacun dans trois cas déterminés :

Pour le mari : — lorsque la femme s'est rendue coupable — ou d'adultère — ou d'empoisonnement — ou de proxénétisme.

Pour la femme : — lorsque le mari a commis — ou un

(1) C. 1, Code Théod. de repud.

homicide — ou un empoisonnement — ou une violation de sépulture.

Des peines rigoureuses sont édictées contre celui des époux qui oserait divorcer sans pouvoir invoquer l'une de ces trois causes.

Est-ce le mari? — il devra restituer la dot; et même, chose étrange! à supposer qu'il se remarie, la femme répudiée aura le droit d'envahir sa maison et de s'emparer de ce qui appartient à sa nouvelle épouse! Singulière pénalité qui frappait une innocente et la rendait responsable d'une faute qui n'était pas la sienne?

Était-ce la femme? — Elle perdait tout ce qu'elle possédait, tout, jusqu'à son aiguille de tête, usque ad acuculam capitis! et, en outre, elle était déportée dans une île.

§ 2.

Mais c'était là aller un peu vite en besogne : les mœurs, nées du lent travail des siècles, ne se reforment pas d'un trait de plume. Les sujets de l'empire étaient trop habitués au divorce, ils y trouvaient un moyen trop facile de rompre une union devenue gênante, pour y renoncer ainsi soudainement, sans transition ou à peu près.

Si l'on voulait les y amener, il fallait procéder moins brusquement et par étapes successives, en ne faisant d'abord que des modifications légères, pour arriver ensuite à une suppression radicale.

Aussi cette constitution, si dure, si étroite, de Constantin

souleva-t-elle de toutes parts des protestations qui décidèrent les empereurs Théodose et Honorius à la réviser et à apporter moins de rigueur.

Par leur constitution de l'an 424 (1), ils distinguèrent trois espèces de divorce ;

1° Le divorce sans cause légitime.

2° — ob mores.

3° — ob crimen grave.

1° Divorce sans cause légitime. — L'époux répudiant restait, dans ce cas, frappé de peines très sévères.

Était-ce la femme ? — Elle perdait sa dot, la donation ante nuptias et était déportée avec défense de jamais se remarier son conjoint pouvant, au contraire, dans ce cas, contracter immédiatement une nouvelle union.

Était-ce le mari ? — Sa situation était, sauf la déportation qui ne lui était pas infligée, celle qui vient d'être indiquée pour la femme coupable : il perdait sa dot, la donation ante nuptias, et était privé du droit de se remarier. Son épouse, dans cette même hypothèse, ne pouvait-elle même convoler en secondes noces qu'après un délai d'un an.

2° *Divorce ob mores*. — Si c'est par suite des mauvaises mœurs de la femme, elle perd la dot et la donation ante nuptias avec interdiction de jamais se remarier.

Si c'est par suite des mauvaises mœurs du mari, il rend la

(1) C. 2. de rep. C. Th.

dot, conserve la donation ante nuptias et ne peut se remarier qu'aux bout de deux ans.

3° *Divorce ob crimen grave*. — Lorsque ce crime est celui de la femme, le mari garde la dot et la donation ante nuptias, et peut se remarier de suite.

Lorsque c'est, au contraire, le crime du mari, la femme reprend sa dot et la donation ante nuptias, et peut se remarier au bout de cinq ans.

Mais ces adoucissements à la législation de Constantin, si considérables fussent-ils, parurent encore insuffisants à Théodose II, et, par la nouvelle XVII, il déclara en revenir purement et simplement au droit de l'époque classique : « Dans la répudiation et dans le divorce, dit-il, il est dû de dépasser les limites tracées par les anciennes lois ; aussi nous abrogeons les constitutions qui punissent soit l'homme, soit la femme, en cas de dissolution du mariage ; et, par la présente constitution, nous décidons qu'il faut ramener les répudiations, les fautes qui les justifient et la répression de ces fautes aux lois anciennes et aux réponses des Prudents ».

§ 3.

Et pourtant, quelques années plus tard, en 449, sans doute sous l'influence de convictions religieuses plus déçues, ce même empereur, par une constitution émanée de lui et de Valentinien III, supprimait cette liberté du divorce qu'il venait de restaurer.

Le divorce *bona gratia* était aboli ; et, quant à la répudiation, elle n'était plus autorisée que pour des causes limitativement déterminées.

Ces causes étaient au nombre de 14 pour la femme ; 1° l'adultère, 2° l'homicide ; 3° l'empoisonnement ; 4° la conspiration contre l'Etat ; 5° le faux ; 6° la violation des tombeaux ; 7° le vol des objets sacrés dans les Eglises ; 8° le vol ; 9° le recel ; 10° le détournement des bestiaux ; 11° la vente d'un homme libre ; 12° l'admission dans la maison conjugale de femmes de mauvaise vie ; 13° l'atteinte à sa vie par le fer, le poison ou tout autre moyen ; 14° les coups ;

Elle étaient au nombre de 14 aussi, pour le mari : 1° l'adultère ; 2° l'homicide ; 3° l'empoisonnement ; 4° la conspiration contre l'Etat ; 5° la vente d'une personne libre ; 6° la violation des tombeaux ; 7° le vol des objets sacrés dans les églises ; 8° le recel ; 9° l'attentat à sa vie ; 10° le faux ; 11° le fait de s'être mise à table avec des étrangers à l'insu de son mari ou malgré sa défense ; 12° le fait d'avoir passé la nuit hors de la maison sans motif avouable ; 13° celui d'avoir assisté sans permission aux jeux du cirque ou aux spectacles ; 14° les coups.

En dehors de ces cas, le mari ou la femme pouvaient envoyer le répudium, mais ils tombaient sous le coup de pénalités assez dures.

La femme qui divorce sans cause légitime perd sa dot, la donation ante nuptias, et ne peut contracter un nouveau

(1) C. 8 de rep C. Th.

mariage pendant cinq ans ; si elle se remarie avant l'expiration de ce laps de temps, elle est notée d'infamie, son mariage est nul, et tout le monde peut l'attaquer. Si l'on suppose, au contraire, qu'elle a une cause légitime, elle recouvre sa dot et gagnela donation ante nuptias ; mais elle ne peut cependant se remarier qu'au bout d'un an, afin d'éviter la confusion de part, « Ne quis de prole dubitet. »

Quant au mari qui divorce sans cause légitime, il doit restituer immédiatement la dot, et il perd la donation ante nuptias ; il garde, au contraire, dot et donation lorsqu'il a une cause légitime.

Si les époux divorcés laissaient des enfants, tous les bénéfices que le divorce avait fait acquérir à l'un deux devaient être conservés par lui et remis à ces enfants le jour de son décès : ainsi, lorsque c'était le père qui divorçait sans cause, la mère était chargée de conserver la donation ante nuptias ; lorsque c'était la mère, la dot devait leur être remise à la mort du père. De là cette conséquence que les époux, à cause de cette restitution, n'avaient le droit ni d'aliéner ni d'hypothéquer la dot ou la donation qui leur était attribuée à la suite du divorce.

§ 4.

Mais cette constitution, si libérale qu'elle fût, ne tarda pas, elle aussi, à paraître trop rigoureuse, du moins en ce qu'elle ne permettait pas aux époux de rompre leur union par consentement mutuel.

Aussi, en 497, Anastase, cédant à la pression de l'opinion, rétablit-il le divorce *bona gratia*, en imposant cependant, à la femme, et ce, dans le but très louable d'éviter les confusions de part, l'obligation de ne se remarier qu'après un an (1).

(1) C-6, Cod. de rep. 6

CHAPITRE V

JUSTINIEN

Aux débuts de cette étude, nous ne pouvions préciser l'étude de la législation parce que les documents manquaient. Ici, nous ne le pouvons davantage, mais pour une raison inverse : ils sont trop abondants.

Il semble qu'en cette matière, Justinien n'a jamais su exactement ce qu'il voulait : on le voit en effet, toujours mécontent de son œuvre de la veille, la réformer le lendemain pour corriger à son tour cette réforme quelque temps après.

De ces hésitations perpétuelles sont issues une série de constitutions diverses qui s'enchevêtrent, se complètent, se modifient, et forment, dans leur ensemble, un chaos inextricable.

Que s'il faut, néanmoins essayer, à tout prix, de le débrouiller un peu, nous distinguerons, pour y parvenir, deux

périodes dans l'histoire de ces constitutions : — celle du code — et celle des Nouvelles.

SECTION I. — *Législation du Code.*

Trois modifications importantes paraissent avoir été alors apportées par Justinien au droit antérieur.

La première concerne de nouvelles causes de divorce qu'elle ajoute à celles énumérées par Théodore II et Valentinien III.

La deuxième a pour but de compléter les pénalités édictées contre celui des époux qui, sans cause légitime, répudie l'autre.

La troisième a trait au mode de restitution de la dot.

§ 1.

Le première de ces modifications résulte de deux constitutions de l'an 528 insérées au Code l. 10 et l. 11 § 2 Livr. V. titre 17.

Aux termes de la première, l'impuissance du mari, prolongée durant deux ans, devient désormais, pour la femme, un juste motif de répudiation.

Mais, comme, dans cette hypothèse, le divorce a lieu, en somme, sans la faute du mari, ce dernier conserve la donation ante nuptias et n'est tenu que de rendre la dot.

Aux termes de de la seconde de ces constitutions, trois causes nouvelles viennent augmenter le nombre de celles à raison desquelles la femme peut être répudiée :

1° Le fait par elle d'avoir été au bain avec des hommes, dans un but de libertinage : « cum viris libidinis causa ».

2° L'avortement de la femme par elle-même ou grâce à une autre personne « sua ope vel industria ».

3° La recherche par la femme d'un autre mari « alium maritum sibi conata fuerit. »

§ 2.

Si l'on examine les pénalités infligées jusqu'alors à l'époux qui répudie l'autre sans motif valable, on constate que ces pénalités ne frappent que les mariages accompagnés d'une dot ; il y avait là une lacune que Justinien s'efforça de combler. Ce fut l'objet d'une constitution de l'an 528 qui figure au Code L. 11 § 1, Liv. V, tit. 17

Dorénavant le mari qui répudiera sa femme sans cause ou sera légitimement répudié par elle, sera tenu de lui donner le quart de ses biens sans que pourtant la somme à verser ainsi par lui doive jamais dépasser cent livres d'or.

Les mêmes peines sont applicables à la femme qui aura donné lieu au divorce ou envoyé le repudium hors le cas prévu par la loi. Rien de plus juste, comme l'explique l'empereur, que cette réciprocité de traitement entre époux « ut ex utraque parte æqua lance et pœna servetur. »

§ 3.

La troisième réforme antérieure à la promulgation du Code, résulte d'une constitution de l'an 530 qui y forme la loi unique *De Rei uxor.* V, 13.

Elle se réfère, avons-nous dit, au mode de restitution de la dot.

Supprimant l'ancienne action *rei uxoriæ*, elle en organise une autre qu'elle appelle « action *ex stipulatu* », bien qu'elle n'ait que quelques règles communes avec l'action *ex stipulatu* ordinaire, et qu'elle soit soumise, pour le surplus, à des principes différents empruntés à l'action *rei uxoriæ* qu'elle était destinée à remplacer, ou même tout à fait nouveaux.

I. Avec l'action *ex stipulatu*, elle présente notamment les deux similitudes suivantes :

1° Elle est transmissible aux héritiers de la femme ;

2° Elle ne comporte aucune espèce de « retentiones »

« *Taceat in ea retentionum verbositas* » !

L'empereur byzantin explique longuement pourquoi il supprime chacune de ces retentiones :

— La « *retentio propter liberos* », — car l'amour paternel est, à lui seul, un stimulant assez fort pour décider la mère à contribuer aux frais d'éducation de ses enfants ; « *Cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur* » ;

— La « *retentio propter mores* » : elle est devenue une pénalité inutile depuis les châtimens sévères infligés par les constitutions impériales à l'époux coupable. Pour la même

raison, le *judicium de moribus* est également supprimé ; — la « *retentio propter res amotas* » — et la « *retentio propter res donatas* » : le mari a, en effet, dans ces hypothèses, depuis longtemps déjà, des actions directes contre la femme, et n'a pas besoin, par suite, d'agir par voie de rétention.

— La « *retentio propter impensas utiles* », car Justinien, pour ce cas, accorde désormais une action au mari : — *mandati* si la femme a approuvé les dépenses ; *negotiorum gestorum* si elle ne les a pas approuvées.

Il n'y a que la retenue « *propter impensas necessarias* » qui est conservée en même temps que la compensation légale résultant de la règle « *necessariae ipso jure dotem minuunt* » II. A la différence de l'action *ex stipulatu* ordinaire, la nouvelle action se rapproche, au contraire, sur deux points, de l'antique action *rei uxoriæ* :

1° Lorsque la femme est *alieni juris*, le père ne peut suivre l'instance qu'avec son consentement, et, lui mort, elle a seule qualité pour agir, à l'exclusion de ses cohéritiers ;

2° Des délais y sont octroyés au mari pour la restitution de la dot, du moins quand elle est mobilière : il a, en effet, dans ce cas, un an pour se libérer.

Ici, Justinien innove — bien malheureusement, il est vrai — puisqu'à l'ancienne distinction entre les « quantités » et les « *corpora* », il en substitue une autre, celle entre la dot mobilière et la dot immobilière.

SECTION II. — *Législation des Nouvelles.*

Elle est contenue dans trois nouvelles distinctes : 22 — 117 — 134, dont les deux premières, la première surtout, constituent de véritables codes de famille.

En voici les dispositions nouvelles les plus essentielles, tout au moins autant qu'il est permis de les extraire des développements verbeux au milieu desquels elles sont littéralement noyées.

§ 1. — *Novelle 22*

Laissant de côté les détails infinis dont s'occupe cette nouvelle, trois innovations considérables paraissent en résulter.

I. — L'impuissance du mari ne sera, à l'avenir, une cause de divorce que lorsqu'elle aura duré trois ans (au lieu de 2),

Justinien donne une singulière raison de l'augmentation de ce délai : « c'est, dit-il, que j'ai vu des individus, restés impuissants pendant plus de 2 ans, révéler ultérieurement leurs aptitudes. »

Mais, si l'on part de ce motif, pourquoi s'arrêter à trois ans ? ne faut-il pas aller beaucoup plus loin encore ? — L'argument est tout aussi probant, en tous cas, contre le délai de trois ans que contre celui de deux.

II. — Le divorce *bona gratia* est interdit, il ne sera plus permis que dans un cas, celui où l'un des époux manifestera son intention d'embrasser la vie religieuse, de faire vœu de continence, en un mot « d'émigrer vers une vie meilleure » selon l'expression de Justinien lui-même.

Le divorce arrivant pour cette cause, les gains de survie stipulés lors du mariage reviendront à l'époux abandonné par son conjoint.

Par suite, est-ce le mari qui entre en religion ? — la femme reprendra sa dot et gagnera la donation *propter nuptias*.

Est-ce la femme ? — le mari retiendra les gains de survie et la donation *propter nuptias*.

Sont-ce tous les deux ? — le mari gardera la donation, et la femme reprendra sa dot.

II. — Quand la dot ou la donation *ante nuptias* avaient été constituées ou reçues par les parents des époux, il arrivait parfois que ces derniers s'entendaient entr'eux pour frauder ces parents ; il s'envoyaient d'accord le *repudium*, sans cause légitime, et ce exclusivement » *ut eorum parentes subiaceant exactioni dotis, aut sponsalitiæ largitatis, quasi soluto matrimonio* », car en réalité ils continuaient à se voir, le divorce n'était qu'apparent, son but unique était de faire verser par les père et mère le montant de la dot et de la donation, puisque telle était la pénalité encourue du chef d'une répudiation sans motif légal.

Il y avait là un abus criant. Pour y remédier, Justinien décida que, désormais, tout enfant, émancipé ou non, aussi

bien fils que fille, ne pourrait divorcer sans le concours de ses père et mère, lorsque ceux-ci auraient ou reçu ou constitué la dot ou la donation propter nuptias.

§ 2. *Novelle 117.*

Les dispositions de cette nouvelle afférentes au divorce, se rattachent à deux ordres d'idées bien distinctes :

Les unes se préoccupent des cas où le divorce est permis ;

Les autres règlent le sort des enfants issus des époux divorcés.

I. — La novelle renchérit encore sur les mesures restrictives du divorce.

Elle continue, il est vrai, à permettre le divorce bona gratia aux époux qui veulent embrasser la vie religieuse ; mais, comme de cette faculté étaient nés des scandales du fait de conjoints qui, sous couleur d'entrer au monastère, n'avaient vu qu'un moyen de se séparer à l'amiable et de recouvrer leur liberté, elle édicte des peines sévères contre ceux qui se rendraient coupables de cette fraude : elle les déclare déchus de tous leurs biens au profit de leurs enfants ou du fisc, à défaut d'enfants.

Quant aux causes légitimes de répudiation, elle en supprime, comme insuffisantes, un grand nombre de celles qui, depuis Théodose et Valentinien, avaient été admises par la législation impériale ; elle n'en laisse subsister que six au bénéfice du mari, et cinq au bénéfice de la femme.

Les six que le mari peut invoquer, sont : 1^o La conspira-

tion contre l'État, ou le fait de ne pas l'avoir révélée à son mari. Si elle l'en avise et qu'il garde le silence, elle pourra faire dénoncer la conspiration par toute autre personne, et alors il perdra le droit de la répudier pour ce motif ; 2° l'adultère ; 3° le fait d'avoir attenté à la vie de son mari ou de ne pas lui avoir dénoncé ceux qui se proposaient d'y attenter ; 4° le fait d'avoir, à l'insu de son mari, soupé avec des hommes ou bien pris un bain avec eux ; 5° le fait d'avoir quitté sans autorisation le domicile conjugal à moins que ce ne fût pour se rendre chez ses parents ; 6° le fait d'être allé, à l'insu de son mari, au cirque ou au théâtre.

Les cinq causes dont la femme peut se prévaloir, sont : 1° la conspiration ou le fait de ne pas l'avoir dénoncée ; 2° l'attentat par le mari à la vie de sa femme, ou le fait de l'avoir empêchée de recourir aux lois pour se venger des injures à elle faites ; 3° l'excitation à la débauche et à l'adultère ; 4° l'accusation d'adultère intentée par le mari contre sa femme et reconnue fausse ; 5° le fait d'avoir, au mépris du respect dû à sa femme, amené une concubine au domicile conjugal, ou d'avoir des relations suivies avec une autre femme habitant la même ville et d'être convaincu de ces désordres par les siens, les parents de sa femme ou d'autres personnes dignes de foi (1).

Mais il est à remarquer que les sévices, pour parler le langage moderne, ne sont plus alors une cause légitime de

(1) A toutes ces causes, il convient d'ajouter l'impuissance du mari ; — mais nous avons déjà dit qu'à la différence des autres, c'était là un motif de répudiation sine pœna.

répudiation. La novelle est des plus explicites à cet égard : « Si quelqu'un, dit-elle, frappe son épouse à coups de fouet ou de bâton en dehors des causes qui permettent de répudier la femme, nous ne permettons nullement que la dissolution du mariage ait lieu ; le mariage subsiste donc, et l'homme qui a frappé sa femme, sans aucune cause de cette espèce, à coups de fouet ou de bâton, doit seulement pour cette injustice une indemnité équivalente au tiers de la donation ante nuptias. »

Au point de vue des mœurs, ce passage de la constitution est des plus curieux : il nous apprend en effet que le mari avait le droit de correction manuelle puisque seuls le fouet et le bâton lui étaient interdits ; encore voyons-nous que, dans certains cas, l'emploi même de ces deux instruments lui était permis.

La sanction des règles qui précèdent, (c'est-à-dire l'ensemble des pénalités qui atteignent le répudiant sans cause légitime) est des plus rigoureuses.

Il faut distinguer à cet égard entre l'homme et la femme.

Est-ce l'homme qui a répudié sans cause ? — Si sa femme n'avait pas de dot, il doit lui donner le quart de sa fortune personnelle (quarte de la femme pauvre), pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants ou qu'il n'y en ait pas plus de trois ; au-delà de trois, la femme ne recevait qu'une part virile, encore n'en avait-elle que l'usufruit, la nue-propriété restait aux enfants. — Si la femme avait une dot, le mari qui la répudiait injustement devait lui rendre sa dot, lui remettre le montant de la donation propter nuptias, et, en outre, lui donner une partie de sa fortune personnelle équivalente au tiers de cette dona-

tion. La femme n'avait que l'usufruit de ces biens s'il y avait des enfants issus du mariage, ceux-ci en avaient la nue-propriété — s'il n'y avait pas d'enfants, la femme acquérait la pleine et entière propriété de ces donations et de tout ce qui lui était attribué.

Est-ce la femme qui a répudié sans cause? — Alors le mari garde la dot, en pleine propriété s'il n'y a pas d'enfants, en usufruit seulement dans l'hypothèse contraire.

La femme coupable de répudiation sans cause devait, en outre, être livrée à l'évêque de la cité du domicile, et envoyée dans un monastère pour la fin de ses jours. Ses biens étaient ainsi divisés : 2/3 aux enfants et 1/3 au monastère ; à défaut d'enfants, 1/3 aux parents, 2/3 au monastère ; à défaut de parents, le monastère prenait tout.

Il y avait obligation pour les juges de remettre ainsi cette femme à l'évêque, à peine pour eux d'être frappés d'amende dont le taux variait d'ailleurs suivant le lieu de leur résidence,

II. Nous avons vu que depuis Dioclétien et Maximien, le juge avait la faculté de confier l'enfant à celui des deux parents qui lui en semblait le plus digne.

La novelle lui enlève ce pouvoir discrétionnaire, et soumet le sort des enfants à des règles précises et invariables.

Elle prescrit de rechercher à cet égard quel est celui des époux dont la conduite a donné lieu au divorce.

Si c'est la mère, l'enfant devra être remis au père, mais avec obligation pour la mère de contribuer aux frais d'éducation.

Si c'est le père, la mère aura la garde de l'enfant et l'élèvera aux frais du père, sauf toutefois le cas de second mariage.

§ 3 . — *Novelle 134*

Elle se borne à frapper de peines plus dures encore l'époux qui divorce illégalement ; elle décide qu'il devra être enfermé dans un monastère pour le reste de sa vie.

CONCLUSION

Notre tâche est finie. Et pourtant, avant de quitter cette législation romaine, si différente parfois de la nôtre, mais si intéressante toujours, qu'il nous soit permis, jetant un regard en arrière, d'essayer, en quelques lignes, d'en dégager l'esprit général.

Un premier fait, si on le considère dans son ensemble, s'impose tout d'abord à notre attention : c'est qu'à aucune époque, elle n'a interdit le divorce. Sans doute elle ne l'a pas toujours laissé à la liberté des parties, elle l'a parfois soumise à des conditions très rigoureuses ; mais, encore une fois, et c'est ce qu'il nous importe de retenir, jamais elle ne l'a complètement proscrit, jamais elle n'a admis le principe de l'indissolubilité du mariage, pas plus sous Romulus que sous Auguste, pas plus sous Constantin que sous Justinien.

Il n'est pas moins curieux d'observer, en outre, en quel temps elle a édicté ces conditions rigoureuses auxquelles nous venons de faire allusion : à ses débuts — et à sa fin,

avant la loi des XII Tables — et après l'édit de Milan. Il y a là presque une application de l'adage connu : les extrêmes se touchent ; les derniers législateurs romains se sont rencontrés avec les premiers pour limiter strictement les causes de divorce.

Mais les raisons qui les inspiraient étaient profondément différentes.

Romulus n'avait en vue qu'un intérêt politique ; accroître le nombre des enfants pour assurer la grandeur future de sa cité, tel était le résultat qu'il visait en érigeant en principe la perpétuité des unions.

Tout autre était l'inspiration à laquelle obéissaient Constantin et ses successeurs ; subissant l'influence de l'Eglise naissante, ils s'efforçaient d'imposer à leurs sujets la pratique de ses préceptes ; elle proscrivait, ou à peu près, le divorce, ils en décrétèrent également la prohibition ; elle préconisait la continence, ils la favorisèrent de tout leur pouvoir ; c'est ainsi que par exception, ils permirent le divorce *bona gratia* aux époux qui voulaient embrasser la vie religieuse ; c'est ainsi encore qu'ils attribuèrent aux monastères les biens confisqués sur ceux qui répudiaient leur conjoint, sans cause légitime.

Le droit n'avait plus de romain que le nom ; une nouvelle ère était commencée, celle du moyen-âge et du régime théocratique.

TABLE DES MATIÈRES

PROLÉGOMÈNES.	III
CHAPITRE I. — Avant la loi des XII Tables	VI
Section I. — Dans quel cas le divorce était-il permis. . .	IX
§ 1. Y avait-il des mariages indissolubles	IX
§ 2. Restrictions édictées par Romulus	XI
A. Répudiation	XI
I. Par la femme	XII
II. Par le mari	XIII
B. Divorce bona gratia.	XVI
§ 3 But de ces restrictions	XVIII
Section II. Procédure et formes du divorce.	XXII
Section III. — Effets du divorce	XXVI
CHAPITRE II. — Depuis la loi des XII Tables jusqu'à Auguste. .	XXVII
Section I. — Dans quels cas le divorce était-il permis. . .	XXVIII
§ 1 Atteintes à la liberté personnelles des époux. . . .	XXVIII
§ 2 Causes du divorce	XXXIII
A Répudiation.	XXIV
I. Par le mari.	XXXIV
II. Par la femme	XLV
B. Divorce bona gratia.	XLIX
Section II. — Procédure et formes du divorce	LI
§ 1 Répudiation	LI
§ 2 Divorce bona gratia	LIV
Section III. — Effets du divorce	LV

CHAPITRE III. — Depuis Auguste jusqu'à Constantin	LXI
Section I. — Dans quel cas le divorce était-il permis. . .	LXI
§ 1 Atteintes à la liberté personnelle des époux	LXI
§ 2 Causes du divorce.	LXV
Section II. — Procédure et forme du divorces	LXIX
Section III. — Effets du divorce	LXXV
§ 1 Personne des époux	LXXV
§ 2 — des enfants	LXXX
§ 3 Biens des époux.	LXXXI
A. Action rei uxoriæ	LXXXII
B. — ex stipulatu	CII
CHAPITRE IV. — Depuis Constantin jusqu'à Justinien	CIII
§ 1. Constantin	CIII
§ 2. Théodore II et Honorius	CVII
§ 3. — et Valentinien III.	CIX
§ 4. Anastase	CXI
CHAPITRE V. — Justinien	CXII
Section I. Législation du Code	CXIII
§ 1 Nouvelles causes de divorce	CXIII
§ 2 — pénalités contre l'époux coupable de divorce sans cause légitime	CXIV
§ 3 Modifications à l'action en restitution de dot.	CXV
Section II. Législation des Nouvelles	CXVII
§ 1. Nouvelle 22	CXVII
§ 2. — 117.	CXIX
§ 3. — 134.	CXXIII
CONCLUSION	CXXIV

DROIT FRANÇAIS

DE L'OPPOSITION AUX JUGEMENTS PAR DÉFAUT EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

NOTIONS GÉNÉRALES. — HISTOIRE DU DROIT D'OPPOSITION

L'opposition est une voie de recours spéciale aux jugements par défaut. C'est le moyen donné à la partie défaillante de s'opposer à l'exécution d'une sentence prononcée contre elle, sans qu'elle ait pu faire valoir ses moyens de défense, et de demander à la même juridiction qui a déjà connu du litige, la réformation de sa sentence.

Elle est une garantie indispensable pour le plaideur dont l'abstention n'est pas l'effet d'un aveu ni d'une négligence grave, et qui peut-être n'a matériellement pas pu se défendre.

Nous venons de dire que c'est devant la juridiction qui a déjà connu du litige que l'opposition doit être portée : la nature même de cette voie de recours l'exige. Mais il n'est évidemment pas nécessaire que le jugement qui intervient sur l'opposition émane des mêmes magistrats pris individuellement. La loi n'exige pas non plus que la chambre du tribunal ou de la cour qui statue à nouveau, soit composée du

même nombre de juges, et l'on doit même décider que l'opposition à un jugement par défaut peut être jugée par une chambre du tribunal, autre que celle qui a rendu ce jugement.

L'opposition aboutit à un nouveau jugement qui infirme le jugement par défaut, lorsqu'elle est admise tout à la fois en la forme et au fond, qui le confirme, au contraire, quand elle est rejetée comme irrégulière pour un vice de forme quelconque ou comme mal fondée.

L'opposition a son fondement dans ce principe d'équité que nul ne doit être condamné sans avoir été mis nettement en demeure de se défendre : aussi des diverses voies de recours contre les jugements par défaut, est-elle celle que la loi regarde avec le plus de faveur. Le législateur marque, on ne peut plus clairement son désir de la voir préférer à l'appel dans l'art. 455 c. pr. qui dispose que « les appels des jugements susceptibles d'opposition ne seront point recevables pendant la durée du délai pour l'opposition. » Ce désir ressort non moins clairement du passage suivant de l'exposé des motifs. « Le droit d'opposition, disait Bigot de Préameneu, est accordé par la loi comme le moyen qui *doit* être employé, et non pour qu'on ait le choix de prendre cette voie ou d'interjeter appel ; si le délai pour s'opposer est expiré, la loi présume que la partie condamnée n'a point été à portée ou à temps de faire connaître ses moyens d'opposition et elle lui conserve encore la ressource de l'appel. » (1)

(1) Bigot de Préameneu. — Exposé des motifs L. III et IV. 1^{re} partie.

Il faut reconnaître que l'opposition mérite, jusqu'à un certain point, d'être préférée à l'appel comme voie de recours. D'une part, en effet, elle est plus respectueuse, puisqu'elle se borne à demander aux juges de revenir sur leur sentence, au lieu de s'efforcer de la faire casser par une juridiction supérieure ; d'autre part, on ne peut nier qu'elle soit plus simple et partant moins coûteuse, la juridiction devant laquelle elle est formée étant déjà saisie du litige.

Pour cette double raison, l'opposant est aussi dispensé de consigner toute amende, tandis que l'appelant doit consigner une certaine somme qu'il perd en cas de confirmation du jugement de première instance.

Pour pouvoir recourir à la voie de l'opposition, il faut, comme pour pouvoir exercer les voies judiciaires ordinaires, avoir été *partie* dans l'instance, selon l'acception juridique du mot. Mais cette condition n'est pas suffisante : la voie de l'opposition n'est pas ouverte à *toutes* les parties ; elle n'appartient qu'à celles qui ont fait défaut, soit faute de conclure, soit faute de comparaître, lors du jugement qui leur a fait grief. Une partie qui a comparu et qui a requis défaut contre son adversaire ne saurait donc être admise à faire opposition : d'où l'on peut conclure que le demandeur qui a vu rejeter, par le jugement rendu par défaut contre son adversaire, certains chefs de sa demande, ne peut recourir à l'opposition pour obtenir la modification du jugement à cet égard, mais doit se pourvoir par la voie de l'appel ou par un recours en cassation.

Les personnes qui n'ont été parties au jugement ni par

elles-mêmes ni par leurs représentants, ne peuvent, même quand elles auraient été lésées par ce jugement, recourir qu'à la *terce opposition*. Ainsi un cohéritier, n'ayant été ni demandeur ni défendeur principal ou intervenant dans l'instance engagée par des cohéritiers, ne pourrait faire opposition au jugement par défaut rendu contre eux.

Le législateur a donc fait tout au moins une confusion de termes quand il a reconnu, en matière de faillite, comme nous le verrons plus loin, un droit d'opposition à *toute partie intéressée*, contre le jugement déclaratif et contre le jugement qui fait remonter à une date antérieure l'époque de la cessation de paiements.

Nous avons dit que les personnes qui ont été représentées lors du jugement et dont les représentants ont été condamnés par défaut peuvent faire opposition : il faut déduire de ce principe que les héritiers et autres successeurs universels, tels que les envoyés en possession provisoire ou définitive des biens d'un absent, ont droit de faire opposition au jugement par défaut rendu contre leur auteur. Ont aussi ce droit : les successeurs à titre particulier, tels que donataires, acheteurs, qui ont succédé à l'objet litigieux postérieurement à la première instance.

Pour l'opposition comme pour l'appel, il faut admettre la maxime *pas d'intérêt, pas d'action*. On refusera donc le droit de faire opposition à la partie que le jugement par défaut n'aura lésée en aucune façon, au défendeur défaillant, par exemple, qui ne se trouverait pas satisfait de ce que le tribunal n'a pas admis la demande de son adversaire, et qui aurait

désiré de plus des dommages-intérêts. Ne serait pas non plus admissible, l'opposition basée sur ce seul motif que le dispositif du jugement, sans faire grief au défaillant, contenait néanmoins des expressions blessantes contre lui, ou relevait des faits qui pourraient lui être nuisibles dans une autre instance.

Dans le cas où l'on aurait à reprocher aux magistrats des expressions injurieuses, on pourrait évidemment leur demander des dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382 du code civil, mais la seule voie de recours serait la *prise à partie*.

Une voie de recours analogue à l'opposition existait *en droit romain*. Un jugement par défaut n'avait l'autorité de la chose jugée que s'il avait été précédé de trois *edicta* ou de l'*edictum peremptorium* et que si ces injonctions de comparaître à bref délai avaient été signifiées au défendeur défaillant. Même quand la procédure spéciale du défaut avait été observée, le défaillant pouvait recourir à l'*in integrum restitutio*, en prouvant que son absence ne tenait pas à sa mauvaise volonté, mais à un cas de force majeure, une mission à l'étranger, par exemple (1).

Le Droit canonique n'admet pas en principe qu'une condamnation puisse être prononcée contre le défendeur défaillant qui a une excuse légitime. Que si pourtant une sentence a été rendue contre lui par un juge mal informé, il peut se faire restituer en entier contre la décision qui lui fait grief (2).

(1) M. Garsonnet traité théorique et pratique de procédure t. V. p. 420.

(2) Paul Fournier Les officialités au moyen âge. p. 226.

La contumace, c'est-à-dire le délit commis par la personne qui n'a pas obtempéré à trois citations consécutives, est punie, non pas de la perte du procès, mais de peines spéciales variant suivant que le défendeur est contumax avant ou après la *litis contestatio*, c'est-à-dire avant ou après le moment de la procédure où, l'affaire étant instruite, les parties doivent énoncer devant le juge leurs prétentions contradictoires.

Dans le premier cas, le juge envoie le demandeur en possession de la chose litigieuse, *s'il s'agit d'une action réelle*. C'est, à vrai dire, une simple *détention* qui ne confère même pas le droit aux fruits. Cet envoi en possession est le point de départ d'un délai d'une année, pendant lequel le défendeur peut rentrer en possession, pourvu qu'il paye les frais et qu'il fournisse caution de comparaître. Mais une fois l'année expirée, la possession est irrévocablement perdue pour lui et il ne peut plus agir qu'au pétitoire (1), — *S'il s'agit d'une action personnelle*, un premier décret envoie le demandeur en possession d'une partie des biens du contumax, suffisante pour garantir le paiement de la dette. Au bout d'un certain temps, un second décret donne au demandeur la possession civile du bien du défendeur.

Dans la seconde hypothèse, le juge rend un seul décret qui donne au demandeur la possession de l'objet litigieux ou d'une partie des biens du contumax, suivant qu'il s'agit d'une action réelle ou personnelle. Parfois il prononce l'excommunication (2),

(1) M. Glasson. Sources de procédure civile française p. 100.

(2) Paul Fournier. op. cit. p. 152 et suiv.

Le droit coutumier connaît l'opposition. Le mot même d'*opposition* est usité dès le xv^e siècle, mais son sens est très étendu, puisqu'on entend par là toute protestation contre un acte quelconque d'un tribunal ou de l'un de ses membres (1).

Il faut arriver à l'ordonnance de 1667 pour trouver une réglementation précise de l'opposition : car les pratiques judiciaires, qui avaient traité de cette voie de recours, l'avaient fait de la manière la plus confuse.

L'ordonnance de 1667 exclut l'opposition lorsque le jugement est susceptible d'appel. Quel était le motif de cette prohibition ? C'était, paraît-il, afin de rendre les condamnations par défaut plus rares ; on disait que la facilité des oppositions permettait aux plaideurs de traîner les procès en longueur, qu'ils se faisaient un jeu de se faire condamner par défaut, assurés qu'ils étaient, grâce à l'opposition, de faire tomber, après beaucoup de temps perdu, un jugement qu'ils auraient fort bien pu ne pas laisser prendre (2). En fermant la voie de l'opposition lorsque l'appel était possible, on pensait que les plaideurs, désirant éviter de se présenter devant le parlement avec le préjugé défavorable d'une condamnation antérieure, feraient tous leurs efforts pour comparaître dès le début de l'instance. Mais on fut loin d'arriver au résultat que l'on voulait obtenir.

Les manœuvres redoublèrent pour surprendre les sentences par défaut : » Il n'est que trop souvent arrivé, disait Treilhard, qu'un huissier prévaricateur a manqué de donner une

(1) M. Glasson, op. cit. page 103.

(2) Boncenne : Théorie de la procédure civile, tome III p. 45.

copie de son exploit à la personne qu'il assignait ; c'est ce que l'on appelle en langue vulgaire *souffler une copie*. Le malheureux que l'on a dû citer, ne peut pas se montrer sur une interpellation qu'il ignore : on prend contre lui un jugement par défaut (1) » Les appels se multiplièrent donc, car bien des plaideurs qui n'auraient point fait appel, s'ils avaient pu faire opposition, se virent forcés d'aller chercher devant les parlements une justice qu'on leur refusait devant les juges inférieurs. Il résulta de ces abus que l'ordonnance de 1667 ne tarda pas à tomber en désuétude sur ce point, et qu'un accord unanime conserva partout l'usage de l'opposition, aussi bien dans les jugements en premier, que dans les jugements en dernier ressort.

Malgré sa rigueur, l'ordonnance de 1667 permettait au défaillant d'obtenir de ses juges la rétractation d'un jugement par défaut, ce jugement fût-il même susceptible d'appel, pourvu qu'il la leur demandât avant la fin de l'audience ; on appelait cela : *rabattre le défaut*,

Cette disposition avait été empruntée aux Romains ; c'était une conséquence de leur procédure. Ils pensaient que le défaillant avait pu ne pas entendre la voix du crieur et qu'il était juste que le juge pût rétracter sa sentence : « Succurri oportet reo qui citatus non respondit, et inquem pronunciatum est si confestim pro tribunali prætorem adhuc sedentem, adierit (2) » Dans le vieux coutumier, les droits plaideurs

(1) Exposé des motifs sur les livres 1 et 2 de la première partie du code de Procédure.

(2) L. 7. ff. de in integrum restitutione.

étaient aussi autorisés à se faire relever *de la défaut*, jusqu'au coucher du soleil « ou au moins avant que les estoiles fussent apparans ains que les estoiles vinssent à percer le ciel (1) » Cet usage doit-il être encore suivi aujourd'hui ? Il semble difficile de l'admettre en présence de l'art, 1041 c. pr.,... qui abroge toutes lois, coutumes, usages, relatifs à la procédure civile (2).

Dans le but de diminuer les jugements par défaut, la plupart des tribunaux ont cependant conservé l'usage de rabattre le défaut. Ils sont libres d'ailleurs de ne pas user de cette faculté, quand ils se trouvent en présence d'un plaideur trop souvent négligent.

Le droit d'opposition a été profondément modifié dans le droit actuel ; nous nous proposons de l'étudier dans ce travail, tant en matière civile qu'en matière commerciale et de justice de paix. Après avoir examiné brièvement, dans un chapitre premier, quels jugements sont susceptibles d'opposition, nous étudierons successivement avec plus de détails, dans trois autres chapitres : le temps pendant lequel l'opposition est recevable, les formes de l'opposition, et enfin les effets de l'opposition.

(1) Assises de Jérusalem chap. 50.

(2) Boncenne, op. cit. t. III p. 117.

CHAPITRE PREMIER

QUELS JUGEMENTS SONT SUSCEPTIBLES D'OPPOSITION

Le code de procédure ne distingue par entre les jugements en premier et les jugements en dernier ressort. Le droit d'opposition s'y trouve reconnu, d'une manière générale, dans les dispositions des articles 150 et suivants... La règle est donc que tout jugement par défaut est susceptible d'opposition, qu'il émane d'un juge de paix ou d'un conseil de Prud'hommes, d'un tribunal civil ou d'un tribunal de commerce, à moins qu'une loi spéciale ne contienne une décision contraire ou que la nature de la décision rendue ne résiste à l'emploi de cette voie de recours (1).

Par application de ce principe que la partie défaillante peut former opposition à toute décision rendue par défaut contre elle, il faut reconnaître comme susceptibles d'opposition : les

(1) Civ... Cass..., 26 août 1879 (D. 80-1-128.)

jugements rendus par défaut en matière de douanes, dans les instances avec la régie des domaines, et en matière civile quelque soit l'objet sur lequel ils interviennent, qu'il s'agisse d'opposition à mariage, de divorce, d'affaires disciplinaires, de décider si un prix doit être distribué par voie d'ordre ou de contribution, etc...

SECTION I

Par leur nature même les décisions gracieuses ne sont pas susceptibles d'opposition

Nous venons de dire que parfois la nature de la décision rendue résiste à l'emploi de l'opposition comme voie de recours.

Ainsi, suivant nous, point d'opposition possible contre les décisions émanant de la *juridiction gracieuse*, c'est-à-dire de celle qui prononce sur la demande d'une partie, que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir quelque intérêt à la contredire. Accorder la voie de l'opposition dans ce cas, ce serait se mettre en contradiction avec l'esprit de la loi, qui, en dispensant le demandeur d'appeler son adversaire, montre suffisamment sa volonté de ne pas permettre à celui-ci de venir se défendre. La loi déclarant la défense inutile, ce serait la corriger que de permettre l'opposition ; là où le législateur n'a pas voulu

d'un procès, ce serait en créer un. Ajoutons qu'il n'en résulte pas de préjudice sérieux pour le défaillant, les jugements rendus sur requête ayant le plus souvent pour objet des mesures préparatoires, d'ordre, d'instruction, qui laissent toujours intact le fond du droit et qui se bornent à diriger le cours de la procédure. Ne serait-ce pas, d'ailleurs, aller directement contre le but de la loi que d'autoriser l'opposition dans des instances où il est nécessaire d'arriver promptement à une solution (1) ?

Nous déciderons donc que l'opposition n'est pas recevable contre les simples actes judiciaires, comme les remises de cause et les jugements de donné acte, ou encore contre les jugements ordonnant, soit un interrogatoire sur faits et articles, soit des mesures conservatoires dans l'intérêt d'un absent, soit la rectification d'un acte de l'Etat civil, à laquelle le tribunal n'a pas cru devoir appeler les parties intéressées.

Reconnaissons toutefois que si les principes semblent commander la solution que nous venons d'admettre, sur bien des points l'indécision est grande, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. En matière d'interdiction notamment, doit-on décider que le jugement qui ordonne l'interrogatoire du défendeur ou qui nomme un administrateur provisoire, est ou n'est pas susceptible d'opposition, quand il a été rendu sans que le défendeur ait comparu ? Nous croyons avec la cour de Besançon (arrêt du 1^{er} mars 1828) que « l'obliga-

(1) En ce sens Debelleye t. I. P. 149.

tion imposée par l'article 893 c. pr. de signifier au défendeur à l'interdiction la requête et l'avis du conseil de famille, fait suffisamment connaître qu'il peut attaquer ce jugement (1) ». En matière de saisie-arrêt, la controverse est plus vive encore relativement à l'ordonnance du président permettant de saisir-arrêter; de nombreux auteurs soutiennent que l'opposition est une voie de droit commun: qu'il faudrait dès lors un texte pour la proscrire, qu'en conséquence si le saisi croit avoir à se plaindre de l'ordonnance, parce qu'il ne doit rien ou qu'il doit moins que l'évaluation, comme cette ordonnance a été rendue sans qu'il ait été appelé, il peut y former opposition.

Nous croyons au contraire que l'ordonnance permettant de saisir-arrêter, n'est susceptible d'opposition ni devant le juge qui l'a prononcée, ni même devant le Tribunal.

Une telle ordonnance n'est pas, en réalité, rendue par défaut, puisque le présumé débiteur n'est même pas appelé, de peur qu'un avis inopportun ne lui donne le temps de détourner le gage (1). Elle n'a d'ailleurs ni les formes, ni le caractère, ni les effets d'un jugement: le pouvoir discrétionnaire dont elle émane est exclusivement délégué au président, qui ne l'exerce pas sous la surveillance et l'autorité de ses collègues, et il n'appartient nullement au tribunal d'apprécier l'usage qui en a été fait (2).

Pour des motifs analogues, nous déciderons également que l'ordonnance permettant d'assigner à bref délai, et celle en-

(1) Pigeau, Commentaire du c. de procédure t. II p. 167,

(2) Bordeaux, 24 août 1829. (D. R. V^o jugement par défaut. N^o 186.)

voyant en possession d'une hérédité le légataire universel, ne sont pas susceptibles d'opposition. Que décider à l'égard des jugements rendus contre le demandeur, autrement dit des jugements de *défaut-congé*? Certains auteurs distinguent suivant que le jugement de défaut-congé a été adjugé avec profit, ou qu'il s'est borné à donner défaut contre le demandeur.

Dans le premier cas, personne ne doute que la voie de l'opposition soit ouverte au demandeur, puisque le juge, à tort ou à raison, a statué sur le fond.

Dans le second cas, au contraire, le demandeur pourrait réitérer sa demande sans former opposition, puisque « tout le profit du défaut consiste à replacer les parties dans l'état où elles étaient avant la demande, c'est-à-dire que ce sera comme s'il n'y a pas eu d'ajournement. (1) ». Nous croyons qu'une telle manière de voir est inexacte, et qu'elle pourrait même parfois causer au demandeur un grave préjudice, car il pourrait arriver que l'extinction de l'instance entraînant l'extinction du droit d'en introduire une nouvelle « surtout en cause d'appel, en raison de la brièveté du délai dans lequel la faculté d'appeler est circonscrite (2). » Le code de procédure ne fait d'ailleurs aucune distinction entre les jugements rendus contre le défendeur et ceux rendus contre le demandeur.

(1) Boncenne op. cit. t. III p. 24.

(2) Poitiers 6 avr. 1837. (D. R. V^o jugement par défaut. N^o 179.)

SECTION II

Des décisions contentieuses non susceptibles d'opposition

Nous avons dit plus haut qu'il existait certaines exceptions au principe que les décisions par défaut sont susceptibles d'opposition, lorsqu'elles émanent de la juridiction contentieuse. Ainsi le législateur, dérogeant au droit commun, a déclaré non susceptibles d'opposition : 1^o) le jugement par défaut rendu sur opposition après un premier jugement par défaut, 2^o) le jugement rendu après réassignation à la suite d'un jugement de défaut-profit-joint.

Après avoir étudié avec quelques détails ces deux hypothèses, nous aurons à dire quelques mots de certaines sentences qui n'admettent pas l'opposition, notamment les ordonnances de référé, les jugements en matière de saisie immobilière, de faillite, de surenchère, de folle enchère, de partage et licitation.

§ I.

Une des plus intéressantes exceptions au principe que tout jugement rendu par défaut est susceptible d'opposition, se trouve mentionnée dans l'art, 165 c. pr. : « L'opposition ne pourra jamais être reçue, dit cet article, contre un

jugement qui aura débouté d'une première opposition. » Cette règle que l'on exprime souvent par les brocards suivants : *Opposition sur opposition ne vaut* ; ou encore, *un second défaut est fatal*, a été admise de tout temps. Il faut en effet un terme à tout, et les instances ne peuvent s'éterniser par le mauvais vouloir des plaideurs : elle doit donc être considérée comme équitable et comme indispensable au bon fonctionnement de la justice. L'idée qui lui sert de fondement a été fort bien mise en relief dans le rapport au corps législatif : « Une disposition formelle qui dissipera la crainte de voir renaître les abus des anciennes ordonnances, porte que, lorsqu'on s'est rendu opposant à un jugement par défaut, on doit nécessairement se présenter sur l'opposition ; s'il en était autrement, le débiteur de mauvaise foi se laisserait sans cesse condamner par défaut, et au moyen des oppositions successives qu'il formerait, il retarderait sa condamnation le plus qu'il lui serait possible, et se jouerait de la justice et de ses créanciers (1). »

A quelque époque qu'on remonte d'ailleurs, on rencontre, nous l'avons dit, des règles analogues à celles de notre art. 165, notamment dans un texte de Paul, relatif aux défauts successifs dans les causes fiscales : « Qui apud fiscum causam defendere sapius conventi neglexerint, rebus judicatis subjiciendi sunt : quod eo apparet, si scœpe conventi præsentiâ suam facere noluerint. » Si l'ordonnance de 1667 ne contient à vrai dire rien de semblable, l'art. 10 de la déclaration de février 1688 combla cette lacune, et sous l'empire de cette législation, on

(1) Exposé des motifs présentés au corps législatif par M. Treilhard.

admit la plupart des règles qui ont cours aujourd'hui même, en cette matière.

Le principe que nous venons de poser n'est pas d'ailleurs particulier aux instances des tribunaux civils, mais il s'applique devant les autres juridictions, tribunaux de commerce ou tribunaux de paix. La loi des 18-26 octobre 1790 avait déjà posé à l'égard des derniers la règle suivante ; » La partie opposante qui se laisserait juger une seconde fois par défaut sur son opposition, ne sera plus reçue à former une opposition nouvelle. »

Le code de procédure a reproduit presque textuellement cette disposition dans son art. 22.

Quel est donc le sens exact de l'art. 165? Il n'a évidemment pas pour but d'empêcher un défaillant qui a fait une opposition nulle en la forme, de la renouveler, si d'ailleurs il est encore dans les délais. Les dangers que l'on a voulu éviter en établissant la règle « opposition ne vaut » ne sont nullement à craindre dans cette hypothèse. L'instance ne menace pas de s'éterniser, car de deux choses l'une : ou il s'agira d'un jugement par défaut faute de conclure, et l'opposition ne sera possible que pendant huitaine ; ou il s'agira d'un jugement par défaut faute de comparaître, et il sera toujours loisible à celui qui a obtenu le jugement, de forcer, par des actes d'exécution, le défaillant à faire opposition sans tarder.

Il est évident aussi que l'existence d'une première opposition ne fera pas obstacle à la seconde, si elles ne se produisent pas toutes les deux dans la même affaire. Mais est-il nécessaire pour que les articles 22 et 165 c. pr. s'appliquent,

que les deux jugements par défaut aient le même objet ? La question est assez vivement controversée en doctrine : permettre dans une même instance de faire deux fois de suite opposition, sous prétexte que les deux jugements rendus ont un objet différent, que l'un, par exemple, statue sur un incident, et l'autre sur le fond de la contestation, c'est, dit-on, augmenter dans une énorme proportion les frais des parties ; c'est, de plus, donner au défaillant une garantie absolument inutile, puisque le but que l'on a voulu atteindre en donnant au défaillant le droit d'opposition, a été d'éviter les jugements rendus par surprise, et que dans notre hypothèse, le défaillant, ayant fait opposition, a nécessairement comparu.

Les raisons données à l'appui de cette opinion sont insuffisantes ; on veut, dit-on, empêcher les procès de s'éterniser ; sans doute un pareil résultat serait à craindre, si le débiteur poursuivi se laissait sans cesse condamner par défaut dans des instances identiques, puis, par des oppositions successives, se faisait un jeu de faire tomber les jugements rendus contre lui. Mais il n'en est pas de même, si l'on ne permet une seconde opposition dans une même affaire, que contre un second jugement rendu dans des circonstances nouvelles.

D'ailleurs il ne s'agit pas de savoir si l'exercice de l'opposition occasionnera une dépense importante, mais bien s'il constitue un droit. Ne serait-ce pas compromettre les intérêts du défaillant que de lui fermer la voie de l'opposition « lorsque le litige a changé de face et que le second jugement renferme des dispositions et prononce des condamnations diffé-

rentes du premier? » On dit qu'il n'ignore pas l'instance qui est engagée contre lui, et qu'il n'y a pas à craindre une surprise; mais n'est-il pas possible qu'en présence d'une contestation nouvelle, il n'ait pas eu le temps de rassembler ses moyens de défense? (1)

Empruntons quelques espèces à la jurisprudence pour bien préciser les conclusions de la théorie que nous croyons devoir admettre.

Un débiteur a été condamné par défaut; il fait opposition: sur cette opposition, le créancier introduit une nouvelle demande, contre laquelle son adversaire ne prend pas de conclusions et que le tribunal admet; il va sans dire, pour nous, qu'une opposition pourra être faite contre ce nouveau jugement: si l'affaire est la même, en effet, l'objet de la nouvelle instance est différent, et cela suffit (2).

Un jugement par défaut a nommé un tiers arbitre; sur l'opposition du défaillant le tribunal, au lieu de confirmer ce jugement, proroge les pouvoirs des anciens arbitres; ceux-ci arrivent au terme du délai fixé sans avoir pu se mettre d'accord, et un nouveau jugement par défaut nomme le tiers arbitre; nous admettons encore que l'opposition est recevable, parce que les deux jugements par défaut ne se lient pas à une même demande (3).

A plus forte raison la même solution devrait-elle être ad-

(1) Thomine Desmazures : Traité de la procédure civile T. I p. 211. Carré : lois de la procédure civile et administrative, T. II, quest, 674. Cass. 3 août 1840. (D. R. V^o jugement par défaut n^o 196.)

(2) M. Garsonnet. op. cit. T. V p. 474.

(3) Paris 1^{er} fév. 1827 (D. op. cit. et loc. cit.)

mise à l'égard d'une opposition faite en dehors de l'instance proprement dite, et devrait-on déclarer recevable l'opposition à un jugement par défaut faute de conclure, survenant après un jugement ayant rejeté l'opposition à un commandement de payer.

De même encore si la nouvelle opposition survient dans une instance ouverte par une autre voie judiciaire, par une tierce opposition, par exemple.

Nous adopterons enfin la même solution dans toutes les hypothèses où la personne qui, dans une même instance, fait opposition une seconde fois, est autre que celle qui fait opposition la première fois ; par exemple, si sur l'opposition formée par le défendeur à un jugement par défaut rendu contre lui, le demandeur laisse à son tour prendre un jugement par défaut qui accueille l'opposition de son adversaire. On a combattu cette opinion en disant : « que le demandeur ayant pris des conclusions pour obtenir le jugement par défaut et le défendeur en ayant pris à son tour pour faire statuer sur l'opposition, il s'ensuit que les deux parties ont été respectivement entendues » et que le jugement est en réalité contradictoire (1). Répondons qu'il n'est pas exact de prétendre que les deux parties ont été respectivement entendues, que les conclusions du défendeur, lorsque la nouvelle instance s'engage, ne répondent pas toujours à l'assignation du demandeur primitif, qu'il peut très bien se rencontrer, en effet, que le premier s'appuie sur une nullité de forme, et propose

(1) Carré op. cit. t. II quest. 695 bis.

par exemple la nullité de l'exploit, tandis que le second s'est fait adjuger ses conclusions, quant au fond.

Dès lors il est illogique de prétendre qu'il y ait eu, lors du jugement sur l'opposition du défendeur originaire des conclusions contradictoires, et de refuser au demandeur primitif la faculté de faire opposition. En réalité la nouvelle instance a un objet tout à fait différent de l'ancienne, et il n'y a aucune raison d'appliquer la maxime « opposition sur opposition ne vaut ».

En conséquence des principes que nous venons de poser, nous pensons que l'opposition est recevable 1^o lorsqu'un garant qui n'a pas été partie à un premier jugement rendu contre le garanti et qui a été mis en cause sur l'opposition de celui-ci, n'a pas comparu ou n'a pas conclu (1).

2^o Lorsque une personne, après avoir obtenu un jugement par défaut, se laisse à son tour condamner par défaut au profit d'un tiers intervenant.

La question suivante, fort intéressante, a été portée devant la cour de Cassation en 1832, mais n'a malheureusement pas donné lieu à un arrêt de la cour suprême, par suite de la transaction des parties : lorsqu'un jugement par défaut est cassé et que l'affaire est renvoyée devant un autre tribunal, si le défaillant fait à nouveau défaut devant ce tribunal, lui est-il permis de faire opposition, ou bien faut-il lui opposer la règle « opposition sur opposition ne vaut » ? Tout dépend évidemment de l'étendue des effets d'un arrêt de cassation. Admet-on qu'il annule non seulement le jugement attaqué

(1) Cass. 3 août 1840.

mais encore toute la procédure antérieure, il faut en déduire que l'opposition est possible. Croit-on, au contraire, qu'il n'anéantit que le jugement seul, la solution opposée doit être admise.

Il résulte très nettement des diverses espèces que nous venons de passer en revue, que la règle posée par les art. 22 et 165 c. pr. civ, doit s'appliquer quand les deux jugements par défaut ont trait à un même objet. Mais nous croyons que ce serait aller trop loin, que de l'appliquer au cas où le second jugement par défaut a été motivé d'une façon différente du premier, sous le seul prétexte que les motifs du second jugement n'ont pu être détruits par la première opposition.

Quoiqu'il en soit d'ailleurs, cette règle est absolue ; et elle s'applique non seulement en toute matière, civile, commerciale ou de justice de paix, mais encore quel que soit l'objet du jugement, qu'il statue sur le fond ou sur un incident, que le second défaut soit ou non faute de conclure, lorsque le premier a été un défaut faute de comparaître (1). Elle s'applique aussi bien lorsque le tribunal a déclaré l'opposition nulle, quant à la forme, que quand il l'a rejetée au fond.

§ II

Une matière connexe à celle que nous venons d'examiner est réglée par l'art. 153. Cet article porte que ;

(1) M Garsonnet op. cit. t. V p. 475.

« si de deux ou plusieurs parties assignées l'une fait défaut et l'autre comparaît, le profit du défaut sera joint et le jugement de jonction sera signifié à la partie défaillante par un huissier commis. La signification contiendra assignation au jour auquel la cause sera appelée, il sera statué par un seul jugement *qui ne sera pas susceptible d'opposition*, » On se rappelle les motifs de cette disposition : elle a pour but d'empêcher la contrariété de deux jugements dans une même affaire, ce qui pourrait très bien se produire, si l'un des deux jugements devenait définitif ou susceptible d'appel, selon qu'il est en dernier ou en premier ressort, tandis que l'autre reste susceptible d'être anéanti sur une opposition.

Pour éviter un tel danger, le législateur a donc déclaré que le jugement, rendu après la réassignation de deux ou plusieurs parties, dont l'une a fait défaut ne serait pas susceptible d'opposition.

Quelle est l'étendue de l'application de cet article ?

Il s'applique, sans aucun doute, au cas où la personne qui n'a pas comparu lors du premier jugement fait encore défaut sur la nouvelle assignation faite de comparaître.

Mais s'applique-t-il aussi au cas où, lors du jugement survenu par réassignation, le défaillant originaire a fait à nouveau défaut, mais cette fois faute de conclure ?

La question est douteuse : les raisons que l'on donne généralement à l'appui de l'une et l'autre opinion sont extrêmement faibles. Peut-être est-il préférable de décider, le législateur n'ayant fait aucune distinction, que l'art. 153 s'applique

aussi au cas où le second jugement est rendu contre une personne dont l'avoué n'a pas conclu (1).

La question la plus délicate de toute la matière est celle de savoir : si la disposition de l'art. 153 s'applique à toutes les parties, et si le jugement qui statue sur le profit d'un défaut joint est non susceptible d'opposition, même de la part des parties qui, ayant déjà comparu lors du jugement de jonction, font défaut pour la première fois lors du second jugement. Un petit nombre d'auteurs seulement ont soutenu la négative ; pour eux, il n'y a pas de raison de refuser le droit de faire opposition à la partie qui, ayant comparu lors du premier jugement, fait défaut lors du second jugement ; la loi a voulu une seule chose : c'est fermer la voie de l'opposition à celui qui avait été condamné deux fois par défaut ; dans notre hypothèse, il n'y a eu qu'un jugement par défaut ; donc l'opposition est possible.

Celui qui, assigné, puis réassigné, fait défaut deux fois de suite, est doublement coupable ; il doit donc être traité sans ménagement, et, à son égard, le jugement devient définitif ; mais la négligence de celui qui n'a pas conclu, lors du second jugement, est légère, peut-être même n'est-elle imputable qu'à son avoué ; pourquoi le traiter avec rigueur ? Quant au reproche que l'on fait à cette opinion de favoriser la contrariété des décisions, est-il bien sérieux ? Ne voit-on pas tous les jours cet inconvénient se présenter dans les sentences judiciaires, sans que la loi y prenne garde ? Le

(1) Riom 28 juin 1822. (D. R. V^o jugement par défaut n^o 102.)

désir d'éviter la contrariété des jugements a peut-être guidé en partie le législateur, quand il a rédigé l'art. 153 ; mais ce n'a été qu'un motif secondaire (1).

On a même poussé plus loin les conséquences de cette théorie, et on a été jusqu'à prétendre que lorsque la partie ou les parties qui avaient comparu au moment du jugement de jonction, faisaient défaut au moment du second jugement, la partie qui avait continué à faire défaut pouvait, elle aussi, faire encore opposition ; qu'en effet il est rationnel que le défaut prononcé contre la partie qui n'a pas comparu, ne devienne définitif qu'autant qu'il y a jugement contradictoire contre l'autre partie, qu'alors seulement il est juste que le défaillant soit traité comme si le jugement était contradictoire, parce que ses moyens de défense ont été présentés, par la partie qui s'est défendue. On ajoute que cette théorie a pour effet de prévenir la contrariété des jugements, puisqu'ils deviennent définitifs en même temps à l'égard de toutes les parties.

La plupart des auteurs, et aujourd'hui toute la jurisprudence, admettent l'opinion opposée : ils s'appuient sur la généralité des termes de l'art. 153 : « il sera statué, dit le dernier alinéa de cet article, par un seul jugement qui ne sera pas susceptible d'opposition ». Est-il possible d'être plus net et plus éloigné de toute distinction ?

Ils s'appuient aussi sur l'esprit bien clair de l'art. 163 qui est d'éviter les décisions contradictoires.

Il est trop facile de dire que c'est là un simple désir du

(1) Thomine Desmazures op, cit. t. I p. 182. Pigeau commentaires du Code de Procédure, t. I p. 472.

législateur, qui n'a pas dicté sa décision. Il semble, au contraire, que ce soit son vœu le plus ardent que d'éviter cet inconvénient majeur, de voir intervenir dans un même tribunal, entre diverses parties et sur des matières non divisibles, plusieurs jugements qui présenteraient des décisions contraires. Il n'est pas sérieux de prétendre que le moyen d'éviter cet inconvénient, c'est d'ouvrir la voie de l'opposition tant à la partie qui n'a cessé de faire défaut, qu'à celle qui a fait défaut pour la première fois lors du second jugement. Ne serait-ce pas, en effet, violer non seulement l'art. 153, mais encore l'art. 165 en vertu duquel « opposition sur opposition ne vaut » que d'admettre une pareille opinion?

Pourquoi la partie qui n'a fait défaut que dans la seconde instance se plaindrait-elle? Elle a été avertie du débat; elle a connu l'assignation, qu'elle s'en prenne à elle-même des conséquences de sa négligence.

Enfin l'argument qui semble décisif a été donné par une cour d'appel : il n'y a pas lieu de s'appuyer sur l'art. 165 pour résoudre la difficulté soulevée relativement à l'art. 153, car sous peine de refuser toute signification au dernier alinéa de l'art. 153, il faut le considérer comme applicable à toute opposition quelle que soit la partie qui la forme (1).

L'art. 153 est-il applicable quand c'est le demandeur qui fait défaut lors du second jugement? Non, sans aucun doute,

(1) Riom 21 juillet 1812. Limoges 8 février 1830. Aix 5 mai 1870 (D. P. 72-2-139) Civ. Cass. 25 octobre 1883 (D. P. 83-1-76) Garsonnet op. cit., t. V p. 472 et 473 Boitard, Colmet Daage et Glasson Pr. civ. t. 1 p. 315. Boncenne op. cit. t. III p. 4, et s. Carré, op. cit., quest. 632.

car les termes de l'art. 153 : « si de deux ou plusieurs parties assignées l'une fait défaut et l'autre comparait... » se refusant à une pareille application, on rentre alors dans les prévisions de l'art. 165, et l'on ne doit refuser l'opposition qu'à la partie qui a été déboutée d'une précédente opposition, afin d'empêcher qu'elle ne retarde indéfiniment, par des oppositions successives, le moment où le jugement deviendra définitif; le demandeur n'ayant fait défaut qu'une fois a donc le droit de faire opposition.

Nous pouvons faire, relativement à la règle posée par le dernier alinéa de l'art. 153, les remarques que nous avons faites plus haut à propos de la règle de l'art. 165. Elle s'applique à tous les jugements, quels qu'ils soient, devant toutes les juridictions. Il n'est même pas nécessaire, pour qu'elle s'applique, que la procédure ait été régulièrement faite, notamment que l'acte de réassignation ne soit pas vicié de nullité (1).

On a fait remarquer avec juste raison que la nullité de l'opposition formée, contrairement à la règle de l'art. 153, ne peut pas être prononcée d'office, parce qu'elle est d'intérêt privé; elle ne peut pas non plus être demandée pour la première fois en appel ou en cassation (2).

§ 3

Avant de terminer notre étude sur les jugements sus-

(1) Metz 13 juin 1825 (D. R. V^o jugement par défaut n^o 109).

(2) M. Garsonnet op. cit. t. V p. 473.

ceptibles d'opposition, il nous reste à passer en revue quelques sentences par défaut qui n'admettent pas l'opposition.

Ce sont : 1° *Les ordonnances de référé*, ainsi que cela résulte formellement des termes de l'art. 809 c. pr. C'est ainsi que la Chambre des Requêtes a décidé que l'ordonnance du Président qui commet un avoué pour la notification d'un contrat d'acquisition aux créanciers inscrits, conformément à l'art. 832 c. pr., rentrant dans la classe des ordonnances de référé, n'est pas susceptible d'opposition.

Faut-il étendre aux instances d'appel, en matière de référé, la règle établie par la loi pour les ordonnances du Président. Cette question longtemps débattue semble résolue aujourd'hui dans le sens de la négative, et avec juste raison.

L'art. 809 du code de procédure se borne, en effet, dans son dernier alinéa, à disposer que l'appel des ordonnances de référé sera jugé sommairement ; il n'interdit nullement d'y former opposition. Sans doute, dans son second alinéa, il déclare que l'opposition n'est pas recevable contre les ordonnances de référé. Mais c'est là une exception au droit commun, une exception de droit étroit par conséquent, et l'on ne saurait, sans ajouter à la loi, étendre à l'appel ce qui ne s'applique qu'au premier degré de juridiction, surtout étant donné que les arrêts rendus par défaut en matière sommaire sont susceptibles d'opposition (1).

2° *Certains jugements en matière de faillite*. Cette exception

(1) Civ. Cass... 26 août 1879. (D. P. 80-1-18.)

est prévue par l'art. 583 du code de commerce. Tandis que le jugement déclaratif de faillite et celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation des paiements, doivent être considérés, en vertu de l'art. 580, comme susceptibles d'opposition de la part du failli, la loi, dans un but de célérité, déclare que l'opposition n'est pas recevable contre 1° les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge commissaire; 2° les jugements qui statuent sur les demandes de sauf conduit et sur celles de secours pour le failli et sa famille; 3° les jugements qui autorisent à vendre les effets ou marchandises appartenant à la faillite.

3° *Les jugements en matière de saisie immobilière.* On a cependant prétendu que la loi du 2 juin 1841, spéciale à la matière, n'excluant pas l'opposition, il y a lieu d'appliquer le droit commun, suivant lequel tout jugement par défaut est susceptible d'opposition (1). Mais cette opinion est aujourd'hui considérée par tous comme erronée. C'est par suite d'une simple inadvertance du législateur que l'on ne trouve plus, dans la rédaction définitive de l'art. 730 de la loi du 2 juin 1841, le premier paragraphe qui avait été inséré dans la première rédaction et qui était ainsi conçu : « Aucun jugement par défaut en matière de saisie immobilière ne sera susceptible d'opposition ». Cette disposition votée d'abord par les deux chambres, a été retranchée involontairement et sans avoir été l'objet d'aucune critique de la part de la Commission à laquelle l'article avait été renvoyé pour faire quel-

(1) Pigeau op. cit. t. II p. 363.

ques modifications de rédaction. Il y d'autant moins lieu de douter de la pensée du législateur que toutes les lois spéciales à la matière ont recherché la célérité dans la procédure. Et particulièrement dans l'art. 731, la loi du 2 juin 1841 « a virtuellement interdit l'opposition contre tout jugement par défaut en cette matière, sans en excepter ceux qui auraient statué sur une demande en distraction, puisque, contre la règle établie par l'art. 440 c. pr., il a prescrit que l'appel de tous jugements, autres que ceux indiqués dans l'article précédent, sera considéré comme non avenu, s'il est interjeté avant les dix jours à compter de la signification à avoué, ou *s'il n'y a pas d'avoué* (ce qui suppose nécessairement que le jugement est par défaut), à compter de la signification à personne ou à domicile, d'où il s'ensuit que la seule voie de l'appel est ouverte contre ces jugements (1).

Un argument encore plus concluant peut être tiré de ce que le même art. 731 porte que les arrêts rendus par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition. Pourrait-on comprendre que le législateur ait admis l'opposition en première instance, alors que le jugement est susceptible d'appel, tandis qu'il l'exclut en appel, c'est-à-dire quand il n'est plus possible de faire reviser la décision (2).

4° *En matière de surenchère*. En effet si la surenchère a lieu sur saisie immobilière, cela résulte des principes que nous venons de poser ; s'il s'agit, au contraire, de la surenchère

(1) Bastia 9 janvier 1843 (D. R. V^o Vente publique d'immeubles n^o 1465.)

(2) Bastia 9 janvier 1843 (D. R. op. et loc. cit.)

sur aliénation volontaire, on peut s'appuyer sur un texte formel, le quatrième paragraphe de l'art. 838 C. pr... qui s'exprime ainsi : « Aucun jugement ou arrêt par défaut, en matière de surenchère sur aliénation volontaire, ne sera susceptible d'opposition.

5° *En matière de folle enchère, d'ordre, de partage et de licitation.* Des textes précis, les art. 739, 762, 764, 973, déclarent l'opposition non recevable.

CHAPITRE II

Du temps pendant lequel on peut former opposition

Le temps pendant lequel on peut former opposition aux jugements par défaut varie, selon que la partie défaillante a ou non un avoué constitué. Nous examinerons ces deux cas dans deux sections différentes : nous verrons que dans le premier, le délai de l'opposition est d'une huitaine, que dans le second, au contraire, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Cette différence s'explique facilement ; dans la première hypothèse, en effet, le défendeur ayant constitué avoué a nécessairement connu l'ajournement ; s'il ne s'est pas défendu, c'est qu'il ne l'a pas voulu ; il n'a donc pas besoin de la protection de la loi.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, le défendeur n'ayant pas constitué avoué, on peut supposer qu'il n'a reçu ni l'ajournement, ni la signification du jugement ; dès lors un délai fixe, quelque long qu'il soit, peut être

insuffisant, et il est plus rationnel de ne fermer la voie de l'opposition au défendeur, que quand il aura nécessairement appris qu'un jugement a été rendu contre lui, et que l'on entend mettre à exécution ce jugement. Hâtons-nous de faire remarquer ici qu'il n'existe pas à proprement parler de délai d'opposition au cas de défaut faute de comparaître et que les termes employés à plusieurs reprises par les auteurs du code de procédure sont impropres : par exemple dans l'art. 257 où il est dit que le délai pour commencer l'enquête ordonnée par défaut court « du jour de l'expiration des délais de l'opposition » où dans l'article 455 qui déclare l'appel non recevable « pendant les délais de l'opposition. » (1)

En permettant, en cas de défaut faute de comparaître, de faire opposition jusqu'à l'exécution du jugement, le législateur de 1806 a innové. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667 en effet, la partie défaillante n'avait qu'un délai de huitaine pour former opposition aux jugements par défaut rendus contre elle, sans distinguer si elle avait ou non constitué procureur. L'article 34 de la loi des 6-27 mars 1791 avait ordonné l'observation de cette disposition jusqu'à la confection d'une nouvelle loi sur la procédure.

(1) M. Garsonnet, op. cit. t. V. p. 425

SECTION 1

*Du délai d'opposition en cas de jugement par
défaut faute de conclure*

§ 1. — *Devant les Tribunaux civils*

Lorsque le jugement par défaut est rendu contre une partie ayant un avoué, le Code de procédure adopte, nous l'avons dit, pour l'exercice de l'opposition, le délai de huitaine, comme l'ordonnance de 1667. « si le jugement est rendu contre une partie ayant un avoué, dit l'art. 157, l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué. » Le défaillant n'est nullement tenu d'attendre, pour faire opposition, l'expiration de la huitaine pendant laquelle l'exécution ne peut avoir lieu. Sans doute il en est autrement pour l'appel qui, en vertu de l'art. 449, ne peut être formé dans les huit jours qui suivent le prononcé du jugement. Mais les deux motifs qui justifient l'art. 449 ; savoir la nécessité de protéger la dignité du juge contre un appel irrévérencieux, et l'utilité de forcer la partie condamnée à réfléchir avant de rouvrir ab irato les débats (1) n'existent pas en notre matière, car d'une part l'opposition n'a rien de blessant pour le juge, et d'autre part il est peu vraisemblable

(1) Bigot de Préameneu. Exposé des motifs du titre de l'appel.

que la partie condamnée accepte, même après mûre réflexion, un jugement par défaut, contre lequel elle ne s'est pas défendue. Remarquons aussi que, de même l'appel, l'opposition peut être formée avant la signification du jugement. Elle rendrait même cette formalité frustatoire.

Demandons-nous maintenant ce qu'il faut entendre par ces termes de la loi : l'opposition ne sera recevable que « pendant huitaine à compter du jour de la signification à avoué. » En d'autres termes, le délai de huitaine accordé par l'art. 157 est-il franc ou non ? La question a été assez vivement controversée.

Un point qui nous semble toutefois hors de contestation, c'est que le *dies à quo* ne doit pas être compté dans le délai ; cela résulte assez nettement des propres termes de la loi ; ; l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine à compter du jour de la signification à avoué. »

Une question plus délicate est celle de savoir si le *dies ad quem* doit être compté dans le délai : la raison de douter vient de ce que l'art 1033 c. pr. décide que le jour de l'échéance n'est jamais compris dans le délai général fixé pour les ajournements, citations ou sommations. Malgré tout, il semble que l'on ne peut exclure du délai le *dies ad quem*, l'art 1033 ne disposant que pour les actes faits à personne ou à domicile, et non pour un acte fait à un avoué constitué, comme l'opposition dont il s'agit (1).

De plus les termes de l'art 157 c. pr. prouvent que l'op-

(1) En ce sens Pigeau op. cit. t. I p. 544.

position doit être faite au plus tard le huitième jour, puisque ce n'est que pendant la huitaine qu'elle est recevable.

Que décider si le dernier jour du délai tombe un jour férié ? Sans doute l'opposition ne pourra avoir lieu ce jour-là ; mais en résulte-t-il que le délai soit augmenté d'un jour en vertu du dernier alinéa de l'art 1033 c. pr., ainsi conçu : « Si le dernier jour du délai est un jour férié, le délai sera prorogé au lendemain ? » D'après l'esprit même du Code de procédure, dit-on, il n'y a lieu d'augmenter le délai accordé pour faire un acte que quand ce délai est absorbé en entier ou presque en entier par des jours fériés (1). D'ailleurs la dernière disposition de l'art 1033 ne serait pas applicable, puisque l'opposition doit être signifiée à avoué.

Malgré ces considérations, la jurisprudence étend à cette hypothèse le dernier alinéa de l'art 1033. En effet, a dit la cour de Chambéry « cette disposition complètement indépendante de celles qui la précèdent, est générale et applicable à toutes espèces de délais accordés par les lois civiles et commerciales, sans distinction entre eux, que l'on doive ou non compter le jour de la signification et celui de l'échéance, qu'ils soient ou non susceptibles d'augmentation à raison des distances (2). » Ajoutons qu'il serait incompréhensible que le législateur eût accordé la prorogation au lendemain du jour férié, pour des délais de deux ou plusieurs mois, et qu'il l'eût refusée pour un délai de quelques jours seulement comme le délai d'opposition. On considère comme hors de

(1) En ce sens Chauveau sur Carré op. cit. quest. 651 bis.

(2) Chambéry 6 déc. 1865 (D. P. 66-5-274).

doute, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que le délai fixé par l'art 157 n'est point susceptible de l'augmentation d'un jour par 5 myriamètres, entre le lieu du domicile de la partie défaillante et celui où siège le tribunal où son opposition doit être portée (1).

C'est ici le lieu de se demander si le délai de l'opposition est préfixe, ou si, au contraire, il y a des cas où il peut être interrompu.

La situation, en effet, n'offre pas toujours la même simplicité ; des complications peuvent survenir : il se peut que l'avoué de l'une des parties vienne à décéder, à démissionner ou à être destitué de ses fonctions. Si c'est l'avoué du défendeur qui cesse de postuler après la signification du jugement, mais avant l'expiration de la huitaine, on conçoit qu'il serait injuste de laisser courir le délai, et que le temps pourrait matériellement manquer au défaillant pour constituer un nouvel avoué et pour signifier son opposition. Aussi argue-t-on de l'art 162, pour décider que le délai de huitaine est interrompu, et qu'il ne recommencera à courir qu'à dater de la signification que le demandeur pourra faire à la partie défaillante aussitôt qu'elle le jugera bon : Attendre pour faire courir ce délai que le défendeur ait constitué un nouvel avoué serait, en effet, mettre le demandeur à la merci de son adversaire, qui pourrait se faire un jeu de faire traîner les choses en longueur.

Si c'est l'avoué du demandeur qui meurt, qui est suspendu de ses fonctions, ou qui démissionne, après la signification,

(1) Pigeau op. cit. t. 1 p. 144. Paris 24 août 1877 (D. P. 68-1-43).

le délai de huitaine est encore interrompu, la signification de l'opposition qui doit être faite à avoué devient, en effet, impossible. Le délai de l'opposition ne courra donc qu'à partir du jour où la constitution du nouvel avoué du demandeur aura été notifiée au défendeur (1),

Si c'est avant la signification du jugement que l'un des avoués a cessé ses fonctions, il semble que le délai de l'opposition ne puisse courir, puisqu'il a pour point de départ une signification à avoué, et que celle-ci est momentanément impossible. Mais au cas où c'est l'avoué du défendeur qui est sorti de charge, on décide généralement qu'il suffit d'une signification à *partie* pour faire courir le délai d'opposition, car si l'on exigeait comme à l'ordinaire une signification à avoué, il serait tropaisé au défendeur de la rendre impossible en n'en constituant pas (2); au cas où c'est l'avoué du demandeur qui est sorti de charge, il est bien évident que le délai d'opposition ne court qu'à dater de la constitution d'un nouvel avoué.

§ II. — *Devant les tribunaux d'exception.*

Nous venons de voir les principales règles relatives au délai d'opposition, en cas de sentences par défaut rendues par

(1) En ce sens Chauveau sur Carré Op. cit. quest. 688 bis.

(2) M. Garsonnet op. cit. p. 429.

les tribunaux ordinaires. Ces règles sont-elles les mêmes devant les tribunaux d'exception ?

Et d'abord que décider en matière commerciale ? Avant le code de procédure, le délai de l'opposition aux jugements par défaut des tribunaux de commerce, était uniformément de huitaine à partir de la signification.

L'article 436 du code de procédure fut rédigé dans le même sens et ne distingua pas entre les jugements par défaut faute de comparaître, et les jugements par défaut faute de conclure ; « L'opposition, y fut-il dit, ne sera plus recevable après la huitaine du jour de la signification ».

On s'est demandé si l'art. 436 du code de procédure n'avait pas été modifié par le code du commerce, et si l'opposition n'était plus aujourd'hui exclusivement régie que par les art. 158 et 159 du code de procédure. La difficulté vient de ce qu'après avoir dit dans l'art. 642 C. Com. que la forme de procéder devant les Tribunaux de Commerce sera régie par les dispositions du code de procédure, le législateur ajoute dans l'art. 643 : « Néanmoins les art. 156, 158, 159 du même code, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce. » De ce que l'art. 643 C. Comm. a omis de renvoyer à l'art. 157 co. pr. c. faut-il conclure que ce dernier article est abrogé, et qu'aujourd'hui, dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un jugement par défaut faute de comparaître ou d'un jugement faute de conclure, la voie de l'opposition soit ouverte jusqu'à l'exécution du jugement ? La question ne fait plus de doute. On admet (et

nous n'avons pas à entrer dans l'examen de cette question) que les jugements par défaut faute de conclure existent aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, quand le défendeur a comparu en personne ou par un mandataire justifiant d'un pouvoir spécial, et que des conclusions n'ont pas été prises. Ce défaut est toujours réglé quant à l'opposition, par l'art. 436 du code de procédure, puisque l'art. 643 du C. com. ne l'a nullement abrogé, mais s'est borné à le compléter. L'omission de l'art. 457 dans l'énumération faite par l'art. 643 du C. Com. s'explique d'elle-même ; il n'était pas besoin en effet de déclarer cet article applicable pour les Tribunaux de commerce puisque l'art. 436 existait déjà (1).

En résumé, le délai de l'opposition contre les jugements par défaut faute de conclure, est le même en matière commerciale qu'en matière civile, à cela près que, dans le premier cas, le délai de huitaine court de la signification à partie et non de la signification à avoué. Cette signification doit être faite, pour faire courir le délai de l'opposition, au domicile du mandataire, si l'élection de domicile prescrite par l'art. 422 c. pr. y a été faite ; dans le cas contraire, au greffe du Tribunal de Commerce (2).

En matière commerciale comme en matière civile, on ne doit pas comprendre dans le délai d'opposition, le *dies a quo*, puisqu'en vertu des termes mêmes de la loi, le délai ne se calcule qu'à compter de ce jour. En revanche, le *dies ad quem*

(1) Cass. 13 nov. 1822. 14 janv. 1830, 14 Janv. 1884, 11 décembre 1889.

(2) Metz, 17 janv. 1824 (D. R. V^o Jug. par défaut n^o 327).

sera compris dans le délai, puisque ce n'est que pendant la huitaine que l'opposition est recevable. Que décider lorsque le dernier jour du délai est un jour férié ? La question est tranchée, nous l'avons vu, par la loi du 3 mai 1862 qui a ajouté à l'art. 1033 c. pr. cette disposition finale : « si le dernier jour du délai est un jour férié, le délai sera prorogé au lendemain ». L'opposition aux jugements par défaut des tribunaux de commerce devant être signifiée à partie, il faut en conclure que cette disposition de l'art. 1033 lui est applicable.

En justice de paix et devant le conseil des prud'hommes, on admet généralement qu'il n'existe pas de jugements par défaut faute de conclure. Les termes mêmes de l'art. 19 c. pr. et de l'art. 41 du décret du 20 février 1810, ne supposent en effet, que le défaut faute de comparaître. Nous n'aurons donc à nous occuper, devant ces juridictions, que de l'opposition aux jugements par défaut faute de comparaître.

§ 3. — *Inconvénients du droit d'opposition contre les jugements par défaut faute de conclure.*

On s'est demandé si le droit d'opposition contre les jugements par défaut faute de conclure avait sa raison d'être. La commission extra-parlementaire, chargée le 10 juillet 1883 d'étudier le projet de révision du code de procédure, ne l'a pas pensé. Dans son rapport au Président de la République, elle explique pourquoi elle n'a pas cru devoir maintenir la faculté

d'opposition dans cette hypothèse : d'après elle le système des jugements par défaut faute de conclure, utile peut-être dans l'ancien droit, pour éviter les surprises, constitue aujourd'hui une précaution superflue, dangereuse même ; souvent, en effet, le défendeur qui possède des armes décisives qu'il pourrait opposer sur-le-champ au demandeur, se fait un jeu de ne point produire immédiatement sa réponse pour accumuler les frais qui doivent retomber sur son adversaire. Quant à celui qui veut se soustraire à ses engagements, l'autoriser à faire opposition, c'est lui fournir un moyen dilatoire qui lui permettra trop souvent de détruire le gage du créancier.

Le droit d'opposition contre les jugements par défaut faute de conclure est, dit-on, une garantie contre le danger d'une surprise. Mais ce danger n'est-il pas imaginaire du moment que les deux adversaires ont constitué avoué et par conséquent se tiennent sur leurs gardes ?

Si le défendeur n'a pas eu le temps de préparer ses conclusions et de chercher ses moyens de preuve, il n'aura qu'à demander le renvoi de l'affaire, et ce renvoi devra lui être accordé ; mais il est inadmissible qu'il puisse, à son gré et sans le contrôle du Tribunal, prolonger une instance et augmenter les frais.

La commission conclut ainsi : « Dès lors que le défendeur aura constitué avoué, bien qu'il ne soit pas échangé de conclusions, le jugement sera réputé contradictoire. »

Il appartient aux plaideurs d'être diligents et de demander les remises que leur intérêt exige. Le jugement rendu ne sera

donc susceptible d'appel que si la valeur du litige le comporte (1).

En matière de défaut-congé, la Commission de réforme du Code de procédure, après avoir reconnu au défendeur le droit, soit de demander d'être renvoyé simplement des fins de la demande, soit de prier le tribunal de statuer au fond, déclare que dans les deux cas, le jugement rendu contre le demandeur n'est pas susceptible d'opposition; ce qui est parfaitement logique, puisque ces jugements sont par défaut faute de conclure (2).

SECTION II

Du temps pendant lequel l'opposition est recevable en cas de jugement par défaut faute de comparaître

§ 1. — *En matière civile et commerciale*

Nous avons déjà dit que sous l'ordonnance de 1667 la partie défaillante n'avait qu'un délai de huit jours pour former opposition au jugement rendu contre elle-même, lorsqu'elle n'avait pas constitué d'avoué. Cette disposition exposait les défendeurs défaillants à des manœuvres odieuses qui risquaient parfois de compromettre leur fortune et leur honneur.

(1) Révision du code de procédure civile: Rapport au Président de la République, p. 32 et 34.

(2) Révision du c. pr. c. op. cit. p. 42.

Il se pouvait, en effet, qu'un huissier prévaricateur soufflât, comme on disait, l'exploit d'ajournement, et qu'un jugement par défaut fût rendu ; on soustrayait ensuite la copie de la signification du jugement, et quelques jours après, le défendeur se trouvait irrévocablement condamné.

Le Code de procédure a mis un terme à ce déplorable état de chose par son art. 158 ainsi conçu, « Si le jugement. par défaut est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement. » Les défendeurs se trouvent à l'abri des prévarications d'autrefois, car s'il est toujours possible de souffler la copie d'une citation en justice ou de la signification d'un jugement, une pareille manœuvre restera sans effet aujourd'hui, puisqu'aucun délai fatal n'est plus fixé et que ce n'est qu'après l'exécution du jugement par défaut que l'opposition n'est plus possible. Or, l'exécution est un acte matériel qui s'exerce sur les biens ou sur la personne du défaillant, et qui sera presque nécessairement connu de lui. Sans doute il peut encore se faire que le jugement rendu contre une personne absente ou éloignée devienne irrévocable, sans qu'elle ait pu se défendre, mais on ne peut arrêter indéfiniment le cours de la justice.

L'article 158 est complété par l'article 159, avec lequel il doit être analysé concurremment, et qui est ainsi conçu dans son alinéa premier : « Le jugement est réputé exécuté lorsque les meubles saisis ont été vendus ou que le condamné a été emprisonné ou recommandé, ou que la saisie d'un ou de plusieurs de ses immeubles lui a été notifiée, ou que les frais ont été payés, ou enfin lorsqu'il y a quelque acte duquel il

résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante.... » Il y avait quelque présomption de la part de l'orateur du gouvernement à prétendre, qu'en définissant dans l'article 159 ce qu'on entend par exécuter un jugement, la loi avait coupé court « à toute espèce de subtilité (1). » Il est peu de dispositions en effet qui aient donné lieu à autant de controverses et de décisions contradictoires. Nous examinerons plus loin les principales de ces controverses.

A). L'exécution consommée ferme la voie de l'opposition.

Si l'on rapproche l'article 158 de l'article 159, une double idée semble se dégager assez nettement 1^o l'opposition n'est plus recevable contre un jugement par défaut quand ce jugement a été entièrement exécuté, 2^o Il y a certains actes : vente des meubles saisis, emprisonnement du condamné etc. qui, tout en ne poussant pas l'exécution jusqu'au bout, sont pourtant assimilés à ceux qui la consomment.

Remarquons toutefois que pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'exécution ait eu lieu sans dol ni fraude. Que si donc un créancier a profité de l'absence de son débiteur pour obtenir et faire exécuter par fraude contre lui un jugement par défaut, il n'est pas fondé à prétendre que l'opposition du défaillant doit être déclarée non recevable, en vertu de l'article 159 (2).

(1) Treilhard, exposé des Motifs.

(2) Amiens, 26 mars 1822. (D. R. V^o cit. n^o 322).

Nous l'avons dit : point de difficultés quant aux actes qui consomment l'exécution : ils ferment tout recours ultérieur à la voie de l'opposition. Empruntons quelques exemples à la jurisprudence et décidons que l'exécution est consommée et qu'il n'y a plus d'opposition possible quand une expertise a été ordonnée et que le rapport a été déposé (1) ; ou qu'un jugement par défaut a admis une inscription de faux, et que le défaillant a déposé au greffe la minute de la pièce arguée de faux etc. (2).

Point de difficulté non plus pour les actes énumérés dans l'art. 159, la loi considère qu'ils poussent l'exécution suffisamment loin pour que l'on puisse présumer, sans grande chance de se tromper, que l'exécution du jugement est parvenue à la connaissance du défaillant. C'est là une présomption absolue, contre laquelle la preuve contraire n'est pas admise et, nous l'avons déjà dit, le législateur assimile absolument les actes mentionnés dans l'article 159 aux actes d'exécution effective et réelle.

(B). *Présomptions légales de l'art. 159.*

Passons donc en revue ces divers actes : 1^o *Saisie et vente des meubles.*

« Le jugement est réputé exécuté, porte l'article 159, lorsque les meubles saisis ont été vendus. » La loi exige donc le concours de deux faits : la saisie et la vente, et l'on

(1) Req. 27 juin 1837.

(2) Bourges 30 août 1831, (D. R. V^o Cit. n^o 120.)

doit considérer comme insuffisants, pour rendre l'opposition non recevable, le commandement qui précède la saisie, le procès verbal de saisie, ou même la notification de ce procès-verbal au débiteur saisi. Mais la double condition de la saisie et de la vente une fois accomplie, la présomption que l'exécution a été connue du défaillant est irréfragable, quand bien même la saisie et la vente auraient eu lieu en l'absence de la partie défaillante, et en un lieu où elle n'avait jamais, à proprement parler, de résidence(1).

Il a même été jugé que le jugement doit être réputé exécuté et l'opposition déclarée non recevable, lorsque l'une des poursuites mentionnées dans l'article 159 a été faite contre une partie notoirement incapable, contre un individu notoirement imbécile, par exemple. (2)

2° *Emprisonnement ou recommandation du défaillant.*

Cette disposition s'applique-t-elle encore aujourd'hui? On l'a nié et on a prétendu bien à tort qu'elle n'avait plus qu'un intérêt historique depuis la loi du 22 juillet 1867, qui l'a abolie en matière civile et commerciale.

La contrainte par corps continue à exister, en matière civile, toutes les fois qu'un tribunal de première instance, de commerce ou de paix, rend des jugements contenant des condamnations en faveur des particuliers pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice (art. V), ce qui peut se produire quand des faits punis

(1) Cass. 30 juillet 1845. (D. P. 45-1-139.)

(2) Poitiers 1^{er} février 1842. (D. R. V^o Interdiction n^o 210-3^e)

par la loi pénale, ont été préalablement déférés aux tribunaux de répression.

Ajoutons que la loi du 22 juillet 1867 n'a nullement abrogé les art. 455 et 456 c. comm., aux termes desquels le Tribunal de commerce peut ordonner, par le jugement déclaratif de faillite, ou par un jugement postérieur, le dépôt du failli dans une maison d'arrêt, ou la saisie de sa personne par un officier de police. Il est évident que la partie de l'art. 459 que nous analysons, s'appliquera, quand un jugement déclaratif de faillite aura été rendu, et que le failli aura été emprisonné.

Qu'est-ce que la *recommandation* ?

C'est l'acte par lequel un créancier qui a obtenu une condamnation avec contrainte par corps, demande le maintien de son débiteur dans la prison où il est incarcéré jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. Il tombe sous le sens qu'un pareil acte ne peut être ignoré du défaillant.

Mais, en vertu de l'art. 789 C. pr., on ne considère l'emprisonnement comme consommé qu'après la formalité de l'écrou. Si donc le condamné venait à s'évader pendant qu'on le mène à la prison, on peut se demander si la voie de l'opposition est toujours ouverte. Il a été jugé qu'elle est toujours ouverte, puisque l'emprisonnement qu'exige la première partie de l'article 459 n'a pas eu lieu (1). Il semble cependant qu'une telle décision ne doive pas être admise, puisqu'un acte d'exécution est nécessairement parve-

(1) Colmar, 16 décembre 1812. (D. R. V^o cit. n^o 395.)

nu à la connaissance du condamné, et que ce n'est que par un fait à lui personnel que l'exécution n'a pu être poussée jusqu'au point indiqué par la loi (1).

3° Notification de la saisie des immeubles.

C'est le troisième acte qui, aux termes de l'article 159, constitue l'exécution du jugement. « Le jugement est réputé exécuté, décide, en effet, cet article, lorsque la saisie de l'un ou de plusieurs des immeubles du condamné lui a été notifiée. »

Ici la loi n'exige pas que l'exécution soit aussi avancée que pour les meubles, et que la vente suive la saisie ; et cela est assez rationnel, parce que la procédure de la saisie immobilière est plus longue et plus compliquée que celle de la saisie mobilière. En effet, au moment où on notifie la saisie au défaillant, il s'est écoulé un temps assez notable, puisque le commandement accorde trente jours pour payer ; il est donc difficile d'admettre que le défaillant ait ignoré le jugement.

C'est ici le lieu de faire remarquer, avec tous les auteurs, que l'article 159 c. pr, abroge l'art. 2215 C. C. aux termes duquel : » la poursuite (de saisie immobilière) ne peut s'exercer en vertu de jugements rendus par défaut, durant le délai de l'opposition. » Le code de procédure considère, au contraire, cette saisie comme possible, puisqu'il déclare qu'elle ferme la voie de l'opposition. Cette contradiction s'explique par ce fait que l'art. 2215 a été rédigé sous l'empire de l'ordon-

(1) En ce sens, Boitard op. cit. t. 1 p. 400.

nance de 1667 suivant laquelle, nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, tout jugement par défaut, même faute de comparaître, n'était susceptible d'opposition que pendant un délai de huitaine. L'article 2215 C. C. ne s'applique donc plus qu'aux jugements par défaut faute de conclure.

4° *Paiement des frais*

« Le jugement est réputé exécuté, porte l'article 159, lorsque les frais ont été payés. » Mais il est nécessaire que ce paiement ait été volontaire. On peut le considérer alors comme un acquiescement, et l'acquiescement de la partie défaillante la rend non recevable à former opposition. Il n'en est toutefois ainsi que dans les matières où il est permis d'acquiescer, car il est bien évident que s'ils s'agissait d'une matière touchant à l'ordre public, d'une question d'état, par exemple, le paiement des frais ne fermerait pas la voie de l'opposition (1). Il est évidemment nécessaire aussi que le paiement ait été le fait personnel du défaillant et la cour de Cassation a décidé, avec juste raison, que le paiement des frais opéré par la caisse des Dépôts et Consignations, avec des sommes appartenant à la partie condamnée, mais à son insu, ne rentrait pas dans les termes de l'art. 159 (2). Remarquons aussi que l'article 159 parle du paiement des frais par le défaillant, c'est-à-dire d'un acte matériel, et concluons que l'offre de payer les frais n'aurait pas les mêmes conséquences qu'un paiement effectif, et ne fermerait pas la voie de l'opposition.

(1) Rennes, 2 janvier 1822. (D. R. V^o Acquiescement n^o 463.)

(2) Req. 7 décembre 1836. (D. R. V^o Jugement par défaut n^o 140.)

Si le paiement des frais rend l'opposition non recevable, c'est qu'on le considère comme un acquiescement. Par conséquent si l'acquiescement était le résultat d'une erreur, l'opposition resterait ouverte à la charge de prouver cette erreur. La Jurisprudence a tiré une conséquence inexacte, selon nous, de ce principe, en décidant que le paiement *des frais* par le défendeur, qui y a été condamné par un jugement exécutoire par provision, ne ferme pas la voie de l'opposition, s'il n'a agi ainsi que parce qu'il croyait que l'exécution provisoire s'étendait aux dépens (1).

L'article 137 décidant formellement qu'un jugement n'est jamais exécutoire par provision pour les dépens, le défendeur a, dans notre cas, commis une erreur de droit, et ne doit pas être relevé des conséquences de cette erreur. Nous croyons que la jurisprudence a, au contraire, fait une juste application des véritables principes en décidant que le paiement des frais avec protestations et réserves, n'empêcherait pas qu'il y eût acquiescement et que l'opposition fût non recevable (2).

C) *Les actes d'exécution dont le défaillant a nécessairement eu connaissance ferment la voie de l'opposition.*

Après avoir énuméré les actes que nous venons de passer en revue et qui, bien que ne consommant pas l'exécution du jugement, sont néanmoins réputés connus du défaillant et

(1) Bordeaux, 16 mars 1872. (D. R. V^o Acquiescement n^o 490).

(2) Rennes, 7 janv. 1812. Req. 24 janv. 1854.

ferment la voie de l'opposition, l'art. 159 ajoute : « Enfin le jugement est réputé exécuté, lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante ». Cet alinéa de l'article 159 a été longtemps considéré comme un des plus obscurs du code de procédure, et a donné lieu à de nombreuses controverses. Malgré les termes formels de l'art. 159 qui, pour rendre l'opposition non recevable, exige on ne peut plus clairement de la partie défaillante, la connaissance de *l'exécution* du jugement, certains auteurs se sont demandé si la simple connaissance de *l'existence* du jugement n'était pas suffisante. Ils s'appuient sur une phrase extrêmement obscure prononcée au conseil d'Etat par Treilhard lors des travaux préparatoires : La loi, y fut-il dit « se contente d'un acte quelconque que la partie condamnée n'ait pu ignorer, et qui l'ait avertie de l'existence du jugement. »

Dans ce système, le mot exécution que l'on rencontre dans l'art. 159 est donc équivalent du mot existence. Si la loi était à refaire, il serait peut-être rationnel d'admettre une telle théorie et d'interdire à un défaillant le droit de faire opposition à un jugement rendu contre lui, dès qu'il est certain qu'il a connu ce jugement et qu'il n'a pas voulu y faire opposition (1). Mais les termes de la loi sont trop formels dans les articles 156, 158 et 159 pour que l'on puisse adopter une pareille interprétation. Il vaut mieux se résoudre à ne pas comprendre le sens de la phrase prononcée par M. Treilhard.

(1) On verra plus loin que c'est dans ce sens que s'est prononcé le projet de révision du Code de procédure.

Peut-être s'applique-t-elle à une disposition qui fut retranchée (1).

Si l'article 159 n'est pas simplement *énonciatif*, c'est-à-dire, s'il ne suffit pas qu'un acte quelconque ait appris au défaillant l'*exécution* du jugement pour que l'opposition ne soit plus recevable, en faut-il conclure qu'il est *limitatif*, et qu'en dehors des actes qui y sont énumérés, la présomption d'exécution du jugement n'existe pas ?

Le question longtemps indécise se résout aujourd'hui par une distinction : les actes spécifiés dans l'art. 159 établissent une présomption *juris et de jure*, contre laquelle par conséquent aucune preuve contraire n'est admise, que le défaillant a eu connaissance de l'exécution du jugement : ainsi le veut le texte de la loi. Mais il est d'autres actes d'exécution pour lesquels le législateur est moins explicite, et qui pourront aussi avoir pour effet de fermer la voie de l'opposition, à charge toutefois de prouver que la partie défaillante en a eu connaissance.

Quand y aura-t-il acte d'exécution ? C'est là une question *de droit* pour la solution de laquelle les tribunaux seront soumis à la censure de la Cour de Cassation. Quand cet acte d'exécution devra-t-il être considéré comme ayant été connu du défendeur ? C'est là au contraire une question *de fait* que les tribunaux ordinaires résoudront en toute indépendance. Je suppose qu'un huissier s'est présenté chez une personne condamnée et a tenté une saisie-exécution mobilière, mais que cette personne

(1) En ce sens Chauveau sur Carré op. cit. quest. 663.

a paralysé la continuation, de l'exécution en déclarant qu'elle formait opposition au jugement; je suppose qu'elle n'a pas réitéré par requête l'opposition dans la huitaine; en vertu du second alinéa de l'art. 159, on doit déclarer l'opposition désormais non recevable, puisqu'il a été fait un acte d'exécution qui a été nécessairement connu du débiteur. (1)

Il en est de même si, lorsque l'huissier s'est présenté pour saisir, le défaillant a fait des offres et les a signées sur le procès-verbal de saisie, ou encore quand le débiteur a fourni un gardien volontaire des meubles saisis à son domicile (2). De même encore dans le cas où le débiteur s'est évadé après le procès-verbal de capture, mais avant la formalité de l'écrou. Cette hypothèse est cependant plus douteuse, puisque l'on se trouve en présence d'un des quatre cas énumérés par l'art. 159, et que l'exécution n'a pas été poussée jusqu'au point exigé par le législateur, mais on ne peut vraiment pas suivre jusqu'à l'absurde la lettre de la loi, quand son esprit n'est pas douteux (3).

En présence des termes formels de l'art. 159 qui, pour fermer la voie de l'opposition, exige qu'un acte d'exécution ait été nécessairement connu du défaillant, on a peine à comprendre les divergences d'opinion qui se sont produites dans la jurisprudence relativement à la *signification pure et simple* d'un jugement par défaut au défaillant, ou à la *signification*

(1) Riom, 2 août 1817. (D. R. V^o Jugement par défaut n^o 122.)

(2) Limoges, 27 mars 1816, Lyon, 30 juillet 1884.

(3) Voy. cep Colmar, 16 décembre 1812. (D. R. V^o cit. n^o 395).

avec commandement ; de tels actes, faits à personne ou à domicile, portent sans doute à la connaissance du défaillant l'existence du jugement ; ils sont des préliminaires de l'exécution, mais on ne peut les considérer comme des actes d'exécution proprement dits, partant ils ne rentrent pas dans l'art. 159 ; donc quand bien même un commandement de payer aurait été fait, en vertu d'un jugement par défaut, à la personne même du défaillant, on devrait décider que l'opposition reste toujours possible, parce que ce commandement ne prouve pas d'une façon certaine que la partie défaillante ait connu l'exécution du jugement (1).

En matière d'enquête, nous croyons, conformément aux principes que nous venons d'admettre, que l'opposition reste possible même après la signification du jugement par défaut ordonnant l'enquête : mais nous pensons avec un arrêt récent de la cour de Poitiers (2), qu'elle n'est plus recevable après la notification à la personne du défendeur de l'ordonnance du juge commissaire qui fixe la date de l'audition des témoins. Dans l'art. 259 c. pr., en effet, le législateur a institué un mode particulier d'exécution. Il déclare que l'enquête est censée commencée pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance du juge commissaire fixant le jour, l'heure et le lieu de l'audition des témoins. L'ordonnance du juge commissaire constituant ainsi un commencement d'exécution du jugement, il suffit que cette ordonnance soit connue de la partie défaillante (ce qui a lieu quand elle a été notifiée à sa

(1) Paris, 14 janv. 1815. Agen, 23 janv 1822, Lyon, 25 fev. 1882.

(2) Poitiers, 9 mai 1892.

personne) pour que l'opposition ne soit plus recevable. Cela résulte de l'art. 459 c. pr. et non de l'art. 458, comme le dit bien à tort l'arrêt précité.

Il peut se rencontrer des circonstances dans lesquelles l'exécution d'un jugement par défaut offre des difficultés particulières : je suppose que le défaillant n'a pas d'immeubles, que la contrainte par corps ne peut être employée contre lui, qu'à son dernier domicile connu, il ne possède aucun meuble ; *le procès-verbal de carence* que l'huissier dressera, devra-t-il être considéré comme un acte d'exécution dans le sens de l'art. 459 ?

La question est restée longtemps indécise. Pour les uns, un simple procès-verbal de carence, même non notifié à personne, était considéré comme constituant un acte d'exécution, susceptible de rendre non recevable l'opposition contre un jugement par défaut, quand il avait été dressé et affiché au dernier domicile du défaillant (1). Une telle opinion était tout à fait inadmissible ; d'une part, l'art. 459 ne mettant pas le procès-verbal de carence au nombre des actes qui font réputer le jugement exécuté, et d'autre part, ce procès-verbal étant évidemment bien loin d'avoir la même publicité qu'une exécution effective. Aussi la jurisprudence a-t-elle tout à fait abandonné cette solution, mais elle admet que le procès-verbal de carence équivaut à un acte d'exécution quand il a été notifié à la personne du défaillant (2). Et voici

(1) Poitiers, 1^{er} décembre 1875.

(2) Cass. 21 mai 1834 Montpellier, 28 novembre 1837. Req. 22 juillet 1885. (D. P. 86-1-326)

sur quelles raisons elle s'appuie : l'art. 159 exige une exécution aussi complète que possible du jugement par défaut et que cette exécution ait été connue du défaillant ; or ces deux conditions sont remplies quand un procès-verbal de carence a été dressé, puis notifié à la personne du débiteur, puisque d'une part, il est constant qu'il y a eu transport au domicile et qu'on n'a rien trouvé à saisir, et que d'autre part, le débiteur a eu connaissance de ce procès-verbal.

On verra plus loin que, dans le projet de révision du code de procédure, le procès verbal de carence est rendu public, et que le dernier acte de publicité sert de point de départ à un délai de huit mois, pendant lequel l'opposition est recevable.

Il semble très difficile d'assimiler un procès verbal de carence à une exécution complète, quand la copie de la signification n'a pas été remise en mains propres, mais à un serviteur, à un parent, ou au parquet.

La même solution est à plus forte raison adoptée dans le cas où le défendeur aurait signé l'original du procès-verbal de carence.

D. — *L'exécution contre un tiers d'un jugement par défaut ferme-t-elle la voie de l'opposition ?*

Dans les hypothèses précédentes, nous avons supposé une exécution poursuivie contre le défaillant et indiqué dans quels cas on pouvait présumer cette exécution connue de lui

La difficulté est plus sérieuse quand le jugement doit se poursuivre non contre le défaillant, mais contre un tiers. Doit-on considérer que l'exécution contre un tiers ferme la voie de l'opposition, ou que celle-ci reste ouverte jusqu'à ce que le jugement soit exécuté contre la partie elle-même ? Nous repousserons cette dernière solution qui ne permettrait pas de fermer la voie de l'opposition au défaillant, quand il n'a pas été condamné aux dépens. Il est difficile d'admettre que certains jugements ne puissent pas devenir définitifs.

Demandons-nous donc par exemple si une inscription hypothécaire, prise en vertu d'un jugement par défaut, est un acte d'exécution dans le sens de l'art. 159

Il est bien entendu que nous ne nous plaçons pas ici dans le cas où le créancier se borne à prendre une inscription hypothécaire, en vertu d'un jugement de condamnation au paiement d'une certaine somme. Dans cette hypothèse, nul doute que la prise de l'inscription ne soit insuffisante. C'est en effet une mesure de sûreté, qui ne prouve nullement que le défaillant a eu connaissance de l'exécution donnée au jugement, puisque rien ne l'oblige à consulter les registres hypothécaires. Peut-être même faut-il décider que l'opposition est encore possible, après que le défaillant a eu connaissance de la prise de l'inscription hypothécaire (1).

Mais que décider quand le jugement par défaut a seulement accordé une inscription sans prononcer de condamnation et s'est borné, par exemple, à reconnaître l'écriture et la signature de billets souscrits par le défaillant ? On s'accorde géné-

(1) Contra Req. 10 juillet 1838.

ralement à penser que, dans ce cas, une inscription doit être considérée comme un acte d'exécution, surtout si elle a été connue de la partie défaillante. (1)

Si donc un jugement ordonne une reconnaissance d'écritures sans dépens, ce jugement devra être signifié, une inscription prise et le bordereau de l'inscription signifié, après quoi l'opposition ne sera plus recevable.

La radiation d'une hypothèque effectuée en vertu d'un jugement par défaut donne lieu aux mêmes controverses. On doit donc admettre les mêmes solutions et traiter, par exemple, comme un acte d'exécution dans le sens de l'art. 159, la radiation d'une hypothèque, quand le jugement qui l'a accordée a été signifié au défendeur « avec sommation de se trouver au jour et heure déterminés au bureau du conservateur des hypothèques afin de voir opérer la radiation ordonnée. » (2)

Quelle solution faut-il adopter en cas de *saisie arrêt de deniers*. Jusqu'à quel moment l'opposition restera-t-elle possible.

La cour de Cassation décide que « des saisies-arêts contenant l'énonciation expresse du jugement qui leur a servi de base, signifiées au débiteur saisi, avec assignation en validité, et suivies de constitution d'avoué de sa part sur cette assignation, ont évidemment le caractère voulu par l'art. 159 c. pr... pour faire réputer le jugement exécuté dans le sens de cet article, puisqu'il en résulte nécessairement que la partie a connu l'exécution du jugement, n'ayant pu constituer avoué

(1) Cass. 19 décembre 1820

(2) Paris 21 janv. 1834, Chauveau sur Carré, op. cit. t. II, quest. 663.

sur l'assignation en validité sans connaître les saisies signifiées par le même acte et le jugement y énoncé, en exécution duquel elles ont été faites. (1) » On peut se demander s'il ne faut pas aller plus loin que la cour suprême et décider que la signification de la saisie-arrêt, faite au saisi par un huissier commis, ne doit pas être considérée comme suffisante. (2)

Nous venons de prévoir le cas où c'est le jugement ayant servi de base à la saisie-arrêt qui a été pris par défaut contre le débiteur ; mais que décider à l'égard d'un jugement qui sur le défaut du saisi a déclaré la saisie valable ? Doit-on admettre que la *déclaration affirmative* faite par le tiers saisi après le jugement de validité, ou que même le paiement fait par le tiers saisi entre les mains de la partie saisissante, est une exécution suffisante ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'il est nécessaire que le saisi ait eu connaissance de cette exécution pour que la voie de l'opposition lui soit fermée.

Il est bon de remarquer que nous nous sommes placés jusqu'ici dans l'hypothèse de saisie-arrêt de *deniers*, et que si la saisie-arrêt portait sur des *objets corporels*, tels que des meubles, et non sur des sommes d'argent, le jugement par défaut qui sert de base à la saisie, ou celui qui a été rendu sur la validité de cette même saisie, ne seraient réputés exécutés, qu'autant que les meubles ou les fruits auraient été vendus, suivant la règle par l'art. 159.

L'hypothèse suivante a donné lieu à de nombreuses con-

(1) Cass. 30 juin 1812.

(2) En ce sens, Nîmes, 16 août 1809.

troverses, mais doit être, selon nous, résolue d'après les mêmes principes que les exemples précédents : un père a formé opposition au mariage de son fils ; celui-ci forme une demande en main levée et obtient un jugement par défaut contre son père. Nous supposerons que le tribunal, à cause de la qualité des parties, a compensé les dépens. Certains auteurs admettent que l'opposition n'est plus possible dès que le mariage a été célébré (1).

Ils raisonnent ainsi : aux termes de l'art. 158, la règle est que toutes les fois qu'un jugement par défaut faute de comparaître est exécuté complètement, il n'y a plus d'opposition possible. Cependant en vertu de l'art. 159, il est certains cas d'exécution partielle qui, aux yeux du législateur, offrent une publicité assez grande pour fermer la voie de l'opposition. Notre exemple rentre absolument dans les termes de l'art. 158. « En effet, quelle est l'exécution complète d'un jugement qui accorde main levée, qui permet le mariage ? C'est la célébration du mariage ; ce mariage une fois célébré, l'art. 158 est accompli à la lettre ; il y a eu exécution du jugement, exécution entière, parfaite, définitive ; donc l'opposition n'est plus recevable (2).

Nous croyons préférable d'admettre, afin que le défaillant ne perde pas le droit d'opposition par un acte accompli à son insu, qu'il est nécessaire de l'avertir de l'exécution qui se prépare contre lui, en lui faisant notifier, par exemple, par un

(1) Chauveau sur Carré, op. cit. t. II, quest. 663. Contrà Boncenne, op. cit. t. III p. 82.

(2) Boitard op. cit. t. I p. 357.

huissier commis, d'assister au mariage. Le tribunal pourrait aussi fixer un certain délai pendant lequel le mariage ne pourrait être célébré, et enjoindre au demandeur de faire telle publicité pour tâcher d'avertir le défaillant de l'exécution qui le menace (1).

Nous croyons devoir examiner rapidement, en la rapprochant de la question étudiée dans les paragraphes précédents, à savoir quand l'exécution d'un jugement par défaut poursuivie contre un tiers sera réputée connue du défaillant et lui fermera la voie de l'opposition, une matière connexe prévue par les art. 163 et 164 c. pr. Ces articles sont ainsi conçus : « Art. 163. Il sera tenu au greffe un registre sur lequel l'avoué de l'opposant fera mention sommaire de l'opposition, en énonçant les noms des parties et de leurs avoués, les dates du jugement et de l'opposition.... Art 164. « Aucun jugement par défaut ne sera exécuté à l'égard d'un tiers que sur un certificat du greffier constatant qu'il n'y a aucune opposition portée sur le registre ». Ces articles sont relatifs aux formalités à remplir pour faire exécuter par un tiers le jugement obtenu contre un défaillant.

Rappelons ici qu'en vertu de l'art. 155 c. pr... un jugement par défaut ne peut être exécuté pendant la huitaine de la signification à personne ou à avoué, suivant la nature des jugements par défaut, et que, même après l'expiration de cette huitaine, l'opposition formée suspend l'exécution. Supposons qu'il s'agisse d'exécuter un jugement par défaut con-

(2) M. Garsonnet, op. cit. t. V p. 446. M. Glasson sur Boitard, t. II, p. 213, note.

tre un tiers, que par exemple une personne ait obtenu un jugement par défaut ordonnant la radiation d'une hypothèque, prise mal à propos sur un de ses immeubles. Le conservateur pourra-t-il opérer la radiation sur le vu de l'expédition du jugement ordonnant cette radiation? Assurément non, car rien ne prouve qu'à ce moment même une opposition n'a pas suspendu l'exécution du jugement. Les articles 163, 164 complétés par l'art. 548 c. pr... ont organisé, avec plus ou moins de clarté et de bonheur, un système de précautions ayant pour but d'empêcher l'exécution intempestive par un tiers, d'un jugement par défaut, L'art. 548 qui ne doit pas être séparé des art. 163 et 164 est ainsi conçu :

« Les jugements qui prononceront une mainlevée, une radiation d'inscription hypothécaire, un paiement ou quelque autre chose à faire par un tiers ou à sa charge, ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux, même après les délais de l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel. »

Le tiers requis d'exécuter le jugement ne devra donc y consentir, que quand il aura la preuve que le défaillant n'a pas fait opposition, et que, par conséquent, l'effet suspensif n'a pas eu lieu.

A cet effet, la partie qui requiert l'exécution du jugement devra apporter, en vertu de l'art. 164, « un certificat du greffier constatant qu'il n'y a aucune opposition portée sur le

registre. » Et pour que le greffier puisse délivrer un pareil certificat, l'art. 164 prescrit à l'avoué de l'opposant d'aller inscrire au greffe sur un registre ouvert à cet effet, une mention sommaire de l'opposition. L'art. 548 exige en plus qu'outre ce certificat du greffe et l'expédition du jugement, on représente au tiers (au conservateur des hypothèques dans notre cas) un certificat de l'avoué de la partie poursuivante, certificat constatant qu'aucune opposition n'a été formée.

On voit de suite combien le système imaginé par le législateur est insuffisant, car ces divers certificats prouvent bien que le défaillant a eu connaissance du jugement de condamnation, puisque ce jugement lui a été signifié, et qu'à l'époque où le greffier a délivré son certificat aucune opposition n'avait été formée. Mais rien ne prouve que l'opposition n'a pas été formée depuis que le certificat de non opposition a été retirée.

Quand donc pourra-t-on exiger du conservateur la radiation de l'hypothèque ordonnée par le jugement par défaut ? Faudra-t-il justifier que le temps pendant lequel on peut faire opposition est expiré, ou bien le pourra-t-on même quand l'opposition est encore recevable, par cela seul que l'on représentera le certificat de non opposition ?

La question est vivement controversée. Les partisans de la dernière opinion s'appuient sur un argument de texte assez fort à la vérité. Aux termes de l'art. 548 c. pr. en effet, les jugements qui prononcent une main-levée, un paiement, etc... à la charge d'un tiers, ne sont exécutoires contre ce tiers,

même après les délais de l'opposition, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante. Ne résulte-t-il pas, dit-on, de ces mots : « même après les délais de l'opposition » que la loi impose à plus forte raison l'obligation de produire le certificat de l'avoué, lorsque les délais ne sont pas expirés, ce qui suppose nécessairement que l'exécution peut avoir lieu dans l'un comme dans l'autre cas (1),

On a répondu que l'examen des travaux préparatoires montrait clairement la volonté du législateur, qu'en effet, la section de législation du Tribunal avait demandé la modification de l'art. 575 du projet (548 du Code), qu'elle entendait en ce sens que l'exécution ne pouvait avoir lieu à l'égard des tiers pendant la durée du délai fixé pour l'opposition; mais que malgré tout le législateur avait voulu maintenir le texte de l'art. 575 avec l'interprétation donnée par le Tribunal.

D'ailleurs peut-on admettre un système qui conduit aux résultats que nous avons signalés plus haut, à ce qu'un jugement puisse être exécuté par le tiers au mépris d'une opposition déjà formée, sans qu'il y ait aucun moyen d'éviter le danger ? (2)

Nous croyons que la solution doit être différente suivant qu'il s'agit d'un défaut faute de comparaître ou d'un défaut faute de conclure. Dans le premier cas, c'est *l'opposition formée*, et non la *possibilité de l'opposition* qui suspend l'exécution. En effet, l'on ne peut admettre sous peine de rendre

(1) En ce sens Pigeau, op. cit. Vo Hyp. § 11 n° 6 Demiaud Crouzillac, Instruction sur la procédure, p. 377.

(2) Chauveau s. Carré op. cit. t. IV quest. 1906.

la difficulté insoluble, qu'il faille attendre, pour exécuter contre un tiers le jugement par défaut faute de comparaître, que l'opposition ne soit plus recevable ; ce serait supprimer tout moyen de fermer la voie de l'opposition, puisque l'on ne peut arriver là que par l'exécution du jugement et que cette exécution ne se pourrait pas.

Relativement aux jugements par défaut faute de conclure, la solution est différente, car le délai de huitaine pendant lequel on ne peut faire opposition à un jugement de cette sorte, coïncide avec celui pendant lequel on ne peut faire d'actes d'exécution, et l'art. 455, en vertu duquel le délai de huitaine est suspensif, ne fait aucune distinction entre les jugements qui doivent s'exécuter contre un tiers. L'art. 2147 C. civ. relatif, il est vrai, à un cas spécial, apporte un argument en faveur de cette opinion ; il est ainsi conçu : « Les inscriptions hypothécaires sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou *passé en force de chose jugée* (1). » Or, il n'y a de jugement passé en force de chose jugée qu'après l'expiration du délai de l'opposition.

(E) *Réformes à opérer en cette matière.*

Nous avons dit, en terminant la section consacrée à l'opposition contre les jugements par défaut, faute de conclure,

(1) M. Garsonnet, op. cit. t. V p. 445.

que la commission chargée d'élaborer le projet de révision du code de procédure, proposait de ne pas maintenir cette sorte d'opposition ; elle considère, et avec juste raison, que la procédure d'opposition contre les jugements par défaut faute de comparaître, doit-être nécessairement maintenue.

Quand le défendeur n'a pas constitué avoué, il est toujours à craindre qu'il n'ait pas été touché par l'exploit d'ajourner et que, par conséquent, il n'ait pas été mis en demeure de faire valoir ses moyens de défense. On ne peut regarder comme une garantie suffisante, l'obligation imposée au juge, de n'accorder au demandeur ses conclusions, qu'après les avoir examinées attentivement et quand elles lui paraissent justes.

La commission a été frappée aussi des difficultés que nous avons examinées, relativement au cas où un jugement par défaut est rendu contre un défendeur, dont le domicile ou la résidence sont inconnus. « Sans doute, dit l'exposé des motifs, protection est due aux défailants, mais si le défaut peut avoir une excuse légitime, il importe d'assurer les effets des décisions judiciaires, et il convient de prévoir le cas où le défaut ne constituerait qu'une ruse pour entraver indéfiniment l'exécution des jugements.

Il est donc essentiel de provoquer, par tous les moyens possibles, un examen contradictoire du litige ou un acquiescement certain à la décision rendue »

En conséquence, le jugement par défaut devrait être signifié, par un huissier commis à personne ou à domicile ; dans le cas où la signification aurait été faite à personne et où par con-

séquent le défaillant aurait nécessairement connu le jugement rendu contre lui, l'opposition ne serait recevable que pendant quinze jours.

Dans le cas où la notification n'aurait pu être faite à personne, l'opposition serait possible, comme actuellement, jusqu'à l'exécution complète ou très avancée du jugement, ou bien jusqu'à ce que le défaillant ait eu nécessairement connaissance des actes d'exécution dirigés contre lui.

Si le domicile du défaillant était inconnu, un procès-verbal de carence serait dressé, puis rendu public par des insertions dans les journaux et par des affiches. L'opposition serait recevable pendant huit mois à dater du dernier acte de publicité, c'est-à-dire pendant le plus long délai fixé pour les ajournements (1).

§ 2. — *En matière de divorce*

La plupart des dispositions que nous venons d'énumérer ont déjà été insérées dans l'art. 247 de la loi du 18 avril 1886 sur le divorce, dont nous allons dire quelques mots, avant de terminer notre étude sur le temps pendant lequel on peut faire opposition aux jugements par défaut. Cet article est ainsi conçu :

«.... Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis. Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne sur simple

(1) Révision du code de procédure, op. cit. p. 38 et suiv.

requête la publication du jugement par extraits dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les 8 mois qui suivent le dernier acte de publicité. » Malgré la généralité de ses termes, l'art. 247 ne s'applique pas aux jugements par défaut faute de conclure, mais bien aux jugements par défaut faute de comparaître. Cela résulte de l'examen du passage suivant de l'exposé des motifs : « Il était nécessaire que les décisions de défaut fussent aussi rares que possible. Tel est le but du § 1 de l'art. 247. Il importait également que l'exécution du jugement fut possible et que *la menace d'une opposition n'en suspendit pas indéfiniment les effets*. A cet effet, le deuxième paragraphe du même article distingue deux cas ; si le jugement peut être signifié à personne, le délai d'opposition ne sera que d'un mois ; si la signification à personne n'a pu avoir lieu, l'exécution qui fera courir les délais d'opposition consistera en mesures de publicité. »

De son côté le rapporteur de la loi au Sénat s'exprimait ainsi : « Le délai de huit mois n'est-il pas excessif ? Nous répondons : l'art. 247 a pour objet d'éviter les difficultés souvent insurmontables de l'exécution du jugement par défaut. »

Il résulte nettement de ces citations que le législateur a eu en vue, dans l'art 247, d'éviter en cas de divorce, les difficultés qui, selon le droit commun, existent relativement à l'exécution des jugements par défaut faute de comparaître. En matière ordinaire, en effet, l'opposition n'est recevable que dans la huitaine de la signification à avoué, en cas de juge-

ment par défaut faute de conclure. Cela ne souffre pas de difficultés. En cas de défaut faute de comparaître, au contraire, on sait que l'opposition peut être formée jusqu'à l'exécution du jugement, et que l'interprétation de cette règle donne lieu à des controverses assez vives. Ajoutons que la distinction que fait l'art. 247 suivant que la signification a été ou non faite à personne, n'aurait pas de raison d'être, s'il s'agissait d'un jugement par défaut contre avoué, et concluons qu'en matière de divorce comme en matière ordinaire, lorsque le jugement est rendu par défaut faute de conclure, l'opposition est recevable dans la huitaine de la signification à avoué. (1).

Si le jugement intervenu dans une instance en divorce est par défaut faute de comparaître, une distinction doit être faite, aux termes de l'art. 247, suivant qu'il s'agit d'un jugement prononçant le divorce, ou de tout autre jugement, même définitif, s'il rejette le divorce.

Etudions donc les règles spéciales au jugement qui prononce le divorce, lorsqu'il est rendu par défaut faute de comparaître. Ce jugement doit être signifié par huissier commis. L'article 247 distingue suivant que cette signification a été faite à personne ou de toute autre autre façon, à domicile, ou à un voisin, par exemple. Dans le premier cas, l'opposition est recevable pendant un mois à dater de la signification ; dans le second, elle peut être faite pendant un délai de huit mois courant, non plus du jour de la signification, mais bien du

(1) Vraye et Gode : Le divorce et la séparation de corps t. I, p. 291 et suivantes.

dernier acte de publicité, dans les journaux ordonnés par le Président.

Ces délais ne sont pas francs, ainsi que cela résulte des termes mêmes de l'art. 247. « L'opposition est recevable *dans le mois* de la signification ». Le jour de l'échéance en fait donc partie ; mais en vertu de la règle : *dies a quo non computatur in termino*, le jour de la signification ou le jour du dernier acte de publicité n'y est pas compris. Si donc la signification à personne a eu lieu le 1^{er} janvier, l'opposition sera recevable jusqu'au 1^{er} février inclusivement ; si le dernier acte de publicité a été fait le 1^{er} mars, l'opposition devra être faite au plus tard le 1^{er} novembre (1).

On voit combien l'art. 247 C. C. s'écarte des règles du droit commun, relatives aux actes qui ferment la voie de l'opposition. Ce ne sont plus des actes d'exécution du jugement qui rendent l'opposition non recevable, mais bien l'expiration de certains délais, à dater, tantôt de la signification à personne du jugement par défaut, tantôt du dernier acte de publicité dans les journaux, au cas où la signification n'a pu être faite à personne.

Ces actes exprimant, d'une façon moins péremptoire qu'un commencement d'exécution, la volonté d'exécuter le jugement, on s'explique la longueur des délais choisis. Le délai de huit mois est le plus long fixé par le code de procédure pour les ajournements. Au sénat, le rapporteur le justifiait en

(1) Vraye et Gode op. cit. t. I, p. 294, Carpentier, La loi du 18 avril 1886, p. 159.

ces termes : « Assurément le délai de huit mois est long, mais il a été prescrit parce qu'il importe d'éviter toute erreur et parce que, quand il n'est pas établi que l'époux a été touché personnellement par la signification, on ne saurait trop prendre trop de précautions pour éviter une surprise.

Si ce délai peut paraître excessif dans les cas ordinaires, il se justifie en matière de divorce ; la copie du jugement, remise à un concierge, peut être détournée et ne jamais venir aux destinataires ».

Nous venons de voir que l'expiration d'un délai d'un mois à partir de la signification, quand cette signification avait été faite à personne, et l'expiration d'un délai de huit mois à partir du dernier acte de publicité, quand la signification n'avait pas été faite à personne, fermait la voie de l'opposition, en vertu de l'art. 247. En faut-il conclure que cet article exclut les règles du droit commun et que l'exécution du jugement par défaut faute de comparaître, dans les formes admises par le code de procédure, ne peut avoir pour effet de fermer la voie de l'opposition ?

La question est assez vivement controversée. Pour les uns, il faut refuser au défendeur le droit de former opposition, si, même avant les délais d'un mois ou de huit mois de l'art. 247, un des actes d'exécution prévus par l'art. 159 C. pr. a été fait. On s'appuie sur le passage d'un discours prononcé par M. Labiche dans son rapport au Sénat : « Le demandeur n'est d'ailleurs pas enchaîné par ce délai ; il peut poursuivre l'exécution du jugement obtenu, par une saisie, par la liquidation de ses reprises, etc... et amener ainsi le défendeur à

faire opposition ». D'après cette opinion, il faudrait donc combiner l'art. 247 du code civil avec les art. 158 et 159 du code de procédure, et décider qu'un défendeur dont les meubles saisis ont été vendus, ou qui a payé les frais, ou auquel la saisie de ses immeubles a été notifiée, ou enfin qui a eu nécessairement connaissance d'un acte d'exécution, ne peut plus former opposition, fût-on même encore dans les délais de l'art. 247 (1).

Nous nous rangerons du côté des partisans de l'opinion adverse : pour eux, le jugement qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ; aucun acte, même le paiement des frais, ne peut être considéré comme une renonciation au droit d'opposition. D'ailleurs, ne serait-ce pas retomber dans les difficultés d'interprétation que l'on a voulu éviter, que de fermer la voie de l'opposition, une fois qu'un acte d'exécution aurait été nécessairement connu ! Ce n'est pas à dire que l'on ne puisse exécuter certaines dispositions accessoires du jugement prononçant le divorce, et que l'on ne puisse faire une saisie, la liquidation des reprises, etc... Cela, le rapporteur de la loi du 18 avril 1886 au Sénat, l'a déclaré parfaitement possible, dans le but d'amener le défendeur à faire opposition. Mais celui qui a obtenu le jugement ne le fera qu'à ses risques et périls, et si son adversaire continue à rester dans l'inaction, l'opposition restera possible jusqu'à l'expiration des délais de l'art. 247 (2).

(1) Carpentier op. cit. p. 153, Dépeignes : De la procédure du divorce et de la séparation de corps n° 101.

(2) Vraye et Gode op. cit. t. I, p. 295 et suivantes.

Remarquons que l'art. 247 C. civ., par sa dernière disposition, qui ne ferme la voie de l'opposition qu'après un délai de huit mois à dater du dernier acte de publicité, a forcément modifié l'art. 156 c. pr., d'après lequel les jugements par défaut sont périmés en cas d'inexécution dans les six mois. En effet, la seule manière d'exécuter un jugement de divorce, étant la transcription de ce jugement sur les registres de l'État civil, et cette transcription n'étant valable que lorsqu'elle a été opérée une fois le jugement devenu définitif, il est impossible d'exiger l'exécution dans les six mois sous peine de péremption (1).

La loi du 18 avril 1886 a innové en autorisant l'opposition à l'égard des *jugements* de divorce par défaut. Avant elle, cette voie de recours n'était admise que contre les *arrêts* rendus par défaut en matière de divorce : c'est qu'au moment où le Code civil avait été rédigé, l'ordonnance de 1667 était encore en vigueur, et, on se le rappelle, elle n'admettait pas en première instance l'opposition contre les jugements susceptibles d'appel. On admet d'ailleurs, sans conteste, qu'aujourd'hui tous les jugements par défaut en matière de divorce sont susceptibles d'opposition. Le législateur a voulu, sans aucun doute, faire rentrer, sous ce rapport, le divorce sous le régime du droit commun.

(1) Carpentier op. cit. p. 134.

§ 3. — *En matière de déchéance de la puissance paternelle*

De même que la loi de 1886 sur le divorce, la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, s'est beaucoup inspirée des dispositions du projet de réforme du code de procédure, relativement à l'opposition aux jugements par défaut. On lit en effet dans l'article 6 : « Les jugements par défaut prononçant la déchéance de la puissance paternelle, peuvent être attaqués par la voie de l'opposition dans le délai de huit jours, à partir de la notification à la personne, et dans le délai d'un an, à partir de la notification à domicile. Si, sur l'opposition, il intervient un second jugement par défaut, ce jugement ne peut être attaqué que par la voie de l'appel. »

On le voit, le législateur a adopté un système analogue à celui du projet de réforme du code de procédure : lorsque la notification du jugement a été faite à personne, le délai de l'opposition est très court, puisque le défaillant a nécessairement connu le jugement rendu contre lui. Il est même plus court qu'en matière de divorce.

Si la notification a été seulement faite à domicile, l'opposition est recevable pendant une année, disposition qui ne cadre plus avec celle du projet de révision et celle de la loi du 18 avril 1886. On se rappelle en effet, que d'après cette dernière loi, l'opposition, dans notre hypothèse, n'est recevable

que pendant huit mois à dater de certaines mesures de publicité : La loi du 24 juillet 1889, au contraire, a abandonné le délai de huit mois qui avait sa raison d'être, puisqu'il était le plus long délai fixé pour les ajournements, pour adopter le délai d'une année. De plus, elle n'indique pas que ce délai ne doive courir qu'après certaines mesures de publicité et l'on ne saurait suppléer à son silence sur ce point.

La partie finale de l'art. 6 n'est qu'un rappel du droit commun et est, par conséquent, absolument inutile.

§ 4. — *En matière de faillite*

La matière de la faillite, réglée par les art. 580 à 582 C. Com. offre, de même que celle du divorce, certaines particularités dont il nous faut dire quelques mots. L'article 580 est ainsi conçu : « Le jugement déclaratif de la faillite et celui qui fixera à une date antérieure l'époque de la cessation de paiement, seront susceptibles d'opposition de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée, pendant un mois : ces délais courront à partir du jour où les formalités de l'affiche et de l'insertion, énoncées dans l'art. 442, auront été accomplies. » On le voit, l'art 580 ne dit rien sur les circonstances dans lesquelles le failli peut se pourvoir par la voie de l'opposition. Nous en concluons qu'il faut lui appliquer le droit commun et lui reconnaître le droit d'opposition, seulement quand il n'a pas comparu, soit qu'il ait été assigné par un créancier, soit que la faillite ait

été prononcée d'office par le Tribunal. L'opposition ne serait pas, au contraire, admissible, si la faillite avait été prononcée sur dépôt du bilan.

L'art. 580 déroge au droit commun sur un point important, l'époque à partir de laquelle courra le délai de l'opposition. Ce n'est plus la signification du jugement qui sert de point de départ au délai de huitaine, mais bien l'accomplissement des formalités de l'affichage, et l'insertion du jugement par extrait dans les journaux ; ce délai n'est d'ailleurs susceptible d'aucune augmentation à raison de la distance entre le domicile du failli et le lieu où le jugement a été publié.

Remarquons aussi que l'art. 580 assimile tous les jugements rendus en matière de faillite, que ce soit le jugement déclaratif ou celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation de paiement, aux jugements par défaut faute de conclure, puisqu'on ne peut que les frapper d'opposition que pendant huit jours.

On s'est demandé si l'acquiescement du failli aurait pour effet de lui fermer la voie de l'opposition.

Nous croyons que la négative doit être admise, contrairement à l'opinion de la jurisprudence (1) ; le jugement déclaratif entraîne, en effet, des incapacités à l'égard du failli, et l'ordre public est intéressé à ce que l'on ne puisse acquiescer à un jugement de ce genre, de même qu'il est inadmissible que l'on puisse acquiescer à un jugement concernant une question d'état (2).

(1) Civ. Cass. 25 août 1868.

(2) Lyon-Caen et Renault. Précis de droit Comm. n° 2618.

L'article 580 déroge aussi au droit commun, en reconnaissant le droit de former opposition, non seulement au failli, mais encore à *toute autre partie intéressée*, c'est-à-dire aux créanciers du failli et aux personnes dont les actes peuvent être annulés en vertu des articles 446 et 447 C. Com. Mais, à vrai dire, ce n'est pas une véritable opposition que celle qui est mentionnée dans l'art. 580, puisque le droit d'opposition n'est, en principe, accordé qu'aux personnes qui ont été appelées dans une instance et qui ont fait défaut. Or, ce n'est pas le cas des parties intéressées de l'art. 580.

Le délai de huitaine accordé au failli pour faire opposition, bien qu'assez court, semble suffisant, puisque le failli est averti de l'existence du jugement déclaratif, par l'exécution immédiate des mesures prescrites par la loi contre ses biens et sa personne. Un plus long temps ne lui serait pas utile pour vérifier si le jugement a fait une appréciation exacte de sa solvabilité.

Le délai accordé aux autres parties intéressées est sensiblement plus long : il est d'un mois à partir de l'accomplissement des formalités d'affichage et d'insertion dans les journaux, et cela n'a rien que de très rationnel, puisqu'ils ne sont pas avertis aussi rapidement de la déclaration de faillite.

Pour être complet sur cette question du droit d'opposition appartenant aux intéressés autres que le failli, nous devrions entrer dans l'examen des controverses qu'a fait naître l'art. 581. Mais ce serait sortir de notre sujet, l'opposition dont il s'agit ici étant en réalité une tierce opposition.

Signalons en terminant cette matière de la durée de l'opposition contre les jugements par défaut faute de comparaître, et avant de traiter des règles établies devant les juridictions d'exception, une particularité résultant du décret du 28 février 1852. En vertu de ce décret, le jugement qui autorise à vendre devant un tribunal autre que celui de la situation les immeubles saisis par le Crédit Foncier, n'est susceptible d'opposition que pendant 3 jours à partir de la signification (1).

§ 5. — *En matière de Justice de paix et de conseils de prud'hommes*

Nous n'aurons pas à parler des règles admises en matière commerciale, l'art. 648 C. Com. se bornant à renvoyer aux art. 158 et 159 C. pr,

Nous avons fait remarquer plus haut, que devant la justice de paix, les jugements par défaut faute de comparaître existaient seuls, et que l'opposition contre ces jugements n'était recevable que pendant trois jours, aux termes de l'art 20 c. pr. ainsi conçu : « La partie condamnée par défaut pourra former opposition dans les trois jours de la signification faite par l'huissier du juge de paix ou autre qu'il aura commis. » On voit combien ce système diffère de celui des art. 158 et 159 c. pr. puisqu'ici un délai préfixe de trois jours remplace la durée incertaine du temps, pendant lequel on peut faire opposi-

(1) Josseau, du Crédit Foncier t. I p. 592.

tion devant les tribunaux ordinaires. Ce délai de trois jours est-il franc ? Nous ne le croyons pas, l'art. 20 disposant que l'opposition peut être formée *dans les trois jours*, ce qui exclut la faculté de la former le quatrième (1).

Cette solution n'est pas toutefois admise sans contestations, quelques auteurs s'appuyant, pour la rejeter, sur l'art. 3 de la loi des 18-26 octobre 1790, que l'art. 20 a reproduit, et d'après lequel ce délai était franc.

Remarquons d'ailleurs que si l'on ne peut faire opposition plus de trois jours après la signification du jugement, rien n'empêche de la devancer. Remarquons aussi que l'art. 20 faisant courir le délai du jour de la signification, le *dies a quo* ne compte pas dans ce délai.

Mais que décider si le dernier jour du délai tombe un jour férié ? L'opposition ne pourra être faite ce jour-là, à moins d'obtenir la permission du juge pour agir le jour férié, conformément à l'art. 1037 c. pr.

Mais pourra-t-on agir le lendemain ? La négative a été longtemps admise. L'affirmative tend aujourd'hui à prévaloir, la loi du 3 mai 1862 ayant modifié, nous l'avons déjà fait remarquer, la partie finale de l'art 1033, en y ajoutant : « Si le dernier jour du délai est un jour férié, le délai sera prorogé au lendemain ». Cette disposition est applicable au délai de l'art. 20 c. pr., suivant une remarque déjà faite, puisque l'opposition est ici faite à partie. Le délai de l'art. 20 doit être augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres en vertu de l'art. 1033,

(1) Carré op. cit. t. I, n° 90 Req. 25 nov. 1824. (D. R. V° Jour férié n° 45.)

puisque la signification du jugement doit être faite à personne.

On le voit, le délai de l'art. 20 c. pr. est particulièrement bref. L'art. 21 c. pr. tempère, il est vrai, ce que pourrait avoir d'excessif la rigueur de ce délai : « Si le juge de paix sait par lui-même, y est-il dit, ou par les représentations qui lui seraient faites à l'audience, par les proches, voisins ou amis du défendeur, que celui-ci n'a pu être instruit de la procédure, il pourra, en adjugeant le défaut, fixer pour le délai de l'opposition le temps qu'il lui paraîtra convenable ; et dans le cas où la prorogation n'aurait été, ni accordée d'office, ni demandée, le défaillant pourra être relevé de la rigueur du délai, et admis à opposition en justifiant qu'à raison d'absence ou de maladie grave, il n'a pu être instruit de la procédure ».

Cet article contient donc deux dispositions : 1° Il est permis au juge de paix, en même temps qu'il adjuge le défaut de proroger le délai d'opposition, s'il juge que le défendeur n'a pas été instruit de la procédure ; 2° le juge de paix peut même aller plus loin, quand il n'a pas usé de ce premier droit ; il peut encore relever le défendeur défaillant de la déchéance, si celui-ci justifie qu'une cause légitime l'a empêché de former opposition dans les délais de la loi,

L'art. 21, que nous venons d'analyser, semble exiger que ce soit à l'audience, quelques auteurs ajoutent : *à haute voix*, et non confidentiellement (1) que l'on doive faire les représentations, à la suite desquelles le juge de paix peut proroger le délai d'opposition. Malgré tout, il semble plus rationnel

(1) Delaporte Pr. civ. t. I p. 19.

d'admettre que, puisque le juge de paix peut d'office, d'après les renseignements qu'il a acquis par lui-même, proroger ce délai, à plus forte raison le peut-il, même en dehors de l'audience, chez lui, par exemple. (1) Remarquons que l'art. 21 est purement énonciatif quand il dispose que le défendeur défaillant pourra être relevé de la déchéance, s'il justifie que sa non-comparution est imputable à l'*absence* ou à la *maladie* ; il en serait évidemment de même si le défendeur défaillant justifiait d'un autre cas de force majeure, une inondation par exemple (2). Observons que rien n'empêche le juge de paix de faire bénéficier le défendeur défaillant des deux avantages de l'art. 21, et de fixer d'abord pour le délai de l'opposition un certain laps de temps, puis de relever le défaillant de la déchéance, s'il justifie qu'il n'a pu être instruit de la procédure.

L'art. 43 du décret du 20 février 1810, que nous avons déjà mentionné, pose pour les jugements par défaut des conseils des prud'hommes la même règle que l'art. 20 c. pr. pour ceux des juges de paix : toutes les questions que nous avons étudiées relativement à ces derniers, doivent donc être résolues de la même façon.

(1) Carré op. cit. t. I quest. 97. M. Garsonnet op. cit. t. V p. 450.

(2) Carré op. cit. t. I, quest. 99.

CHAPITRE III

DES FORMES DE L'OPPOSITION

Cette matière est réglée par les art. 160 à 162 ; les art. 160 et 161 indiquent les formes de l'opposition aux jugements par défaut faute de conclure, et l'art 162 celles de l'opposition aux jugements par défaut faute de comparaître.

SECTION I

Contre les jugements par défaut faute de conclure en matière civile

Lorsque la sentence a été rendue par un tribunal de première instance ou par une cour d'appel, l'opposition doit émaner de l'avoué défaillant, et être adressée à l'avoué adverse. Ainsi l'ordonne l'art. 160 c. pr.. ainsi conçu : « Lors-

que le jugement aura été rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable qu'autant qu'elle aura été formée par requête d'avoué à avoué. » On le voit, l'art. 160 exige, à peine de nullité, que l'opposition soit formée par acte d'avoué à avoué ; il faudrait donc déclarer non recevable une opposition faite de toute autre manière, notamment par exploit signifié à domicile (1).

Cette requête doit être signée par l'avoué du défaillant ; il ne suffirait pas qu'elle contint constitution d'avoué et qu'elle eût été signifiée à la partie adverse (2). Elle doit être aussi datée, afin que l'on puisse vérifier si l'opposition a bien été faite dans la huitaine de la signification. Il n'est pas nécessaire qu'elle indique la date du jugement ou de l'arrêt attaqué, du moins si cet arrêt est le seul qui ait été rendu entre les parties.

On s'est demandé si la requête exigée par l'art. 160 devait être présentée au Président du tribunal (3). Quelques arrêts ont admis autrefois l'affirmative sous le prétexte : « Qu'une requête n'est qu'un écrit, un placet présenté au juge qui en fait fonctions ; que l'art 160, exigeant une requête veut, en conséquence, que l'on fasse une demande en permission de venir à l'audience plaider sur opposition afin qu'il en soit décerné acte (4).

Mais aujourd'hui la négative ne fait plus de doute, le mot requête s'employant en parlant non seulement des actes faits

(1) Paris, 25 mars 1816. Orléans, 14 nov. 1822 (D. R. V^e Jug. par défaut n^o 300).

(2) Carré, op. cit., quest. 669.

(3) Orléans, 22 janv. 1851 (D. n^o 277).

(4) Carré et Chauveau sur Carré op. cit. quest. 668.

en vertu de la permission du juge, mais encore de ceux qui quoique faits sans son autorisation, portent en tête : à MM. les Président et Juges de tel Tribunal (1).

L'art. 161 indique ce que doit contenir la requête ; « elle contiendra les moyens de l'opposition, à moins que des moyens de défense n'aient été signifiés avant le jugement, auquel cas il suffira de déclarer qu'on les emploie comme moyens d'opposition : l'opposition qui ne sera pas signifiée dans cette forme n'arrêtera pas l'exécution ; elle sera rejetée sur simple acte et sans qu'il soit besoin d'aucune autre instruction. » Ainsi le législateur exige que l'on indique dans la requête sur quels moyens on s'appuie pour faire opposition, à moins qu'on ne l'ait déjà fait dans la procédure antérieure. Je suppose que le défendeur a signifié des défenses écrites dans la quinzaine de sa constitution d'avoué ; non seulement il lui serait inutile de reproduire, dans la requête à fin d'opposition, les moyens sur lesquels il s'est appuyé, mais encore, s'il le faisait, les frais qui en résulteraient n'entreraient pas en taxe. Dans sa requête d'opposition, il devra donc renvoyer pour les moyens d'opposition, aux défenses qu'il a signifiées.

Mais, pourrait-on dire, comment le défendeur qui a signifié des défenses peut-il être considéré comme défaillant ? Le jugement qui a été rendu dans de telles conditions n'est-il pas contradictoire ? Il faut répondre qu'un jugement n'est pas contradictoire parce qu'il a été rendu après que des conclusions ont été signifiées, mais bien quand ces conclusions ont été rédi-

(1) M. Garsonnet, *op. cit.*, p. 452, note 10.

gées en placet et déposées sur le bureau du Tribunal par l'avoué du défendeur. (1)

Ces moyens doivent être indiqués d'une façon précise. La requête devrait donc être considérée comme rigoureusement nulle, si elle se bornait à dire, par exemple, que l'acte qui a servi de base à la condamnation est nul, sans indiquer les causes de la nullité (2), ou que le jugement a été rendu en *violation de la loi*, sans dire quel article du code été violé et en quoi consiste cette violation de la loi ; ou encore que la demande de l'adversaire n'aurait pas dû être admise, parce qu'elle était irrégulière en la forme, sans faire ressortir en quoi consistait cette irrégularité (3).

Ce ne serait pas non plus motiver une requête d'opposition d'une façon sérieuse que de se contenter de dire, par exemple, que telle pièce *fourmille de vices*, ou que la demande de l'adversaire *n'a pas le sens commun* (4).

Mais si des moyens vagues d'opposition ne sauraient être admis, cela n'oblige pas à détailler les motifs sur lesquels on s'appuie, ni même à les indiquer tous. Il est loisible de développer, dans une seconde requête, les moyens articulés dans la première, et de les compléter, à peine toutefois de ne pas la faire entrer en taxe. Lorsque la requête contient des réserves, on admet même que l'opposant peut, à l'audience, indiquer de nouveaux moyens d'opposition.

On s'est demandé s'il était toujours nécessaire de motiver

(1) Boitard, Colme', Daage et Glasson op. cit. n° 333.

(2) Bourges 24 aout 1808.

(3) Toulouse 16. juin 1842.

(4) *Journal des avoués*, t. 44 p. 278 et 294.

la requête d'opposition, et si, dans les matières sommaires, il ne fallait pas faire abstraction de la règle de l'art. 161. La raison de douter vient de ce que, d'après l'art. 405 c. pr., les matières sommaires doivent être jugées à l'audience, sur un simple acte, sans autres formalités. Le défendeur, dit-on, ne doit pas avoir plus le droit de fournir des moyens par écrit après qu'avant le jugement. On peut répondre que l'art. 161 ne distingue pas entre les matières ordinaires et les matières sommaires, que d'ailleurs l'art. 405 n'a nullement pour but de s'occuper des modes de recours contre un jugement rendu en matière sommaire, mais bien de la procédure antérieure à ce jugement.

La procédure devant le tribunal de commerce ou en justice de paix est, sans aucun doute, une procédure extrêmement sommaire. Malgré tout, en vertu des art. 20 et 437 c. pr. l'opposition à un jugement rendu par défaut devant ces juridictions doit être motivée. Il paraît donc rationnel de ne pas distinguer, et d'appliquer à l'opposition des jugements par défaut rendus en matière sommaire les mêmes règles que s'ils avaient été rendus en matière ordinaire.

L'article 161, après avoir indiqué les formes de l'opposition aux jugements par défaut faute de conclure, donne la sanction suivante aux règles qu'il pose : « l'opposition qui ne sera pas signifiée dans cette forme n'arrêtera pas l'exécution ; elle sera rejetée sur un simple acte et sans qu'il soit besoin d'aucune autre instruction. »

Nous aurons à revenir, dans notre dernier chapitre, sur les effets de l'opposition. Contentons-nous maintenant de recher-

cher si une opposition, quoique irrégulière, et malgré les termes en apparence formels de l'art. 161, arrête *de plein droit* l'exécution ou si celui qui a obtenu le jugement par défaut doit, au contraire, pour pouvoir continuer l'exécution, faire déclarer *préalablement*, l'irrégularité de l'opposition. La raison de douter vient des dernières expressions de l'art 161 : « elle (l'opposition irrégulière) sera rejetée sur un simple acte et sans qu'il soit besoin d'aucune autre instruction. » La loi prescrivant de faire rejeter l'opposition par un simple acte, il s'ensuit, a-t-on dit, que l'on ne peut continuer l'exécution, bien que l'opposition ait été irrégulièrement formée. On ajoute que, lorsqu'il s'agit de l'opposition aux jugements par défaut faute de comparaître, il n'en est pas de même, mais que le texte de l'art. 162 est différent : il porte en effet que « l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de le faire ordonner » De la différence très sensible qui existe entre les deux textes, résulterait une différence absolue entre les effets de l'opposition aux jugements par défaut faute de conclure, et ceux de l'opposition aux jugements par défaut faute de comparaître. Malgré l'irrégularité de la première, l'exécution du jugement par défaut ne pourrait être continuée, tant que les juges n'auraient pas statué préalablement sur la question de forme (1).

Cette opinion a été abandonnée depuis longtemps. Elle ne tient pas compte de la première partie du texte que nous citons plus haut. Ce texte est formel : il dit que l'opposition qui a été faite irrégulièrement *n'arrête pas l'exécution*, c'est-

(1) Delaporte op. cit. t. I p. 166 et 167.

à-dire que l'exécution continuée malgré l'opposition ne peut être annulée, à moins que le tribunal ne juge que l'opposition était régulière. Sans doute la seconde partie de notre texte dispose que l'opposition irrégulière sera rejetée sur un simple acte. Mais cela n'a rien que de très naturel ; la personne qui a obtenu le jugement a le droit, nonobstant opposition de continuer l'exécution à ses risques et périls ; mais elle ne peut se constituer juge de l'irrégularité de l'opposition, si l'opposant vient soutenir devant le tribunal que son opposition est valable (1).

SECTION II

Contre les jugements par défaut faute de comparaitre en matière civile

Cette matière est réglée par l'art. 162 c. pr., ainsi conçu dans sa première partie : « Lorsque le jugement aura été rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, l'opposition pourra être formée, soit par acte extrajudiciaire, soit par déclaration sur les commandements, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou tout autre acte d'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer avec constitution d'avoué, par requête, dans la huitaine ; passé lequel temps elle ne sera plus recevable et l'exécution sera continuée, sans qu'il soit besoin de le faire ordonner... »

(1) Carré op. cit. t. III quest. 674 — Boitard op. cit. t. I 407.

On le voit, cet article ne prévoit que deux modes d'opposition : d'une part un acte extrajudiciaire, c'est-à-dire un exploit d'huissier, d'autre part une déclaration sur un acte d'exécution, à charge de réitérer l'un ou l'autre de ces actes, dans la huitaine, avec constitution d'avoué. Ces deux manières de procéder reviennent au même, elles contiennent l'une et l'autre deux actes distincts : une déclaration faite par le défaillant à son adversaire qu'il n'exécutera pas le jugement de condamnation ; une demande faite aux juges d'avoir à modifier leur sentence (1).

§ 1. — *Questions controversées. — Opposition
par acte judiciaire*

Avant d'examiner en détail ces deux façons de procéder, demandons-nous si l'on ne pourrait recourir comme dans le cas de l'opposition contre un jugement par défaut faute de conclure, à un simple acte d'avoué à avoué. Sans doute l'art. 162 ne nous y autorise pas. Mais on ne voit vraiment pas en quoi cela pourrait être contraire à la loi, si l'acte d'avoué à avoué contenait constitution d'avoué.

Ne rencontre-t-on pas dans une telle requête les deux actes exigés, comme nous venons de le voir, par l'art. 162 ?

Dès lors pourquoi ne pas admettre, à côté des deux manières de procéder de l'art. 162, la requête prescrite par l'art. 161. (2)

(1) D. R. Supplément V^o jugement par défaut n^o 121

(2) Chauveau sur Carré op. cit. quest. 680 bis. Cass. 11 juin. 1877.

Pour les mêmes raisons nous croyons qu'il n'est pas nécessaire de réitérer l'opposition dans la huitaine, lorsque l'acte extrajudiciaire contient constitution d'avoué et assignation. Ajoutons de plus qu'on ne peut pas dire qu'un pareil acte soit un acte extrajudiciaire, « qu'il est au contraire un acte judiciaire, introductif d'une instance qui en fait le fondement et qui est, par conséquent, dans l'instance et non hors de l'instance » (1). Une nouvelle requête ne servirait à rien, sinon à rééditer les moyens déjà développés dans l'assignation.

Une pareille manière de voir n'est pas admise par tous les auteurs ni par tous les arrêts. Elle ajoute, dit-on à l'article 162, qui n'a rien prévu de pareil et qui s'est borné à indiquer, pour former opposition, les deux manières de procéder dont nous avons dit quelques mots plus haut.

Que penser des conclusions que l'avoué, constitué par le défaillant après le jugement, aurait prises à la barre du Tribunal ? On doit admettre qu'elles suffisent pour former opposition. Il paraît, en effet, inadmissible qu'elles « puissent avoir moins d'effet qu'une simple déclaration verbale faite par le défaillant, et surtout par des personnes, comme ses parents et ses serviteurs, qui n'ont même pas le droit de faire opposition. » Ajoutons que l'on rencontre là encore les deux actes qui, nous l'avons dit, sont nécessaires à toute opposition. 1° Refus d'obtempérer au jugement ; 2° liaison de l'instance en vue d'obtenir la rétraction de ce jugement.

(1) Riom 9 juin 1820 (D. Vº. jugement par défaut n° 294 Limoges, 13 février 1869. (D. P. 74-5-303).

§ 2. *Opposition par acte extra-judiciaire ou par déclaration sur les actes d'exécution.*

Examinons maintenant les deux modes d'opposition prévus par l'art. 162 : l'un ne peut avoir lieu qu'avant toute mesure d'exécution, c'est l'acte extra-judiciaire ; l'autre, au contraire, a lieu au moment où se produit l'acte d'exécution, tel que commandement, procès-verbal de saisie ou d'emprisonnement ; après il serait trop tard ; en effet, en laissant continuer l'exécution, le défaillant acquiesce et se ferme la voie de l'opposition ; et si à son insu, l'exécution arrive au point prévu par les art. 158 et 159, il est forclos.(1)

Que faut-il entendre par *acte extrajudiciaire* ? La loi ne le définit pas : c'est un acte qui n'est pas relatif à un procès actuellement pendant en justice, c'est donc un exploit d'huissier, qui doit être signifié soit au domicile réel, soit au domicile élu du défendeur. La loi n'indique pas non plus qui a qualité pour former opposition par déclaration sur un acte d'exécution. Suivant quelques auteurs, le défaillant seul aurait ce pouvoir ; mais il faut remarquer combien une telle manière de voir pourrait, si elle était pratiquée, causer de préjudice au défaillant : ne serait-il pas exposé, en effet, à ce que l'on profitât de son absence pour consommer les actes d'exécution qui ferment la voie de l'opposition.(2)

(1) M. Garsonnet. *op. cit.* p. 464.

(2) M. Garsonnet. *op. cit.* p. 458.

Parmi ceux qui reconnaissent à d'autres qu'à la partie le droit de faire la déclaration prévue par l'art. 162, les uns n'accordent ce droit qu'à la femme et aux proches parents de la partie ; d'autres étendent davantage cette faculté, aux domestiques par exemple. Quelle que soit d'ailleurs la solution que comporte cette question, nous pensons que l'huissier n'a pas à se faire juge du bien ou du mal fondé de la déclaration, et qu'il doit la consigner, sous peine d'être pris à partie. Si, par extraordinaire, l'huissier se refusait à consigner l'opposition, les parents ou les serviteurs du défaillant, afin d'arrêter l'exécution, pourraient se pourvoir devant le Président des référés, qui accorderait un sursis. Ce cas, d'ailleurs assez invraisemblable, ne s'est, paraît-il, jamais présenté dans la pratique (1).

Nous venons d'examiner le premier des deux actes, qui, nous le répétons, se trouve dans toute opposition, le refus d'obéir au jugement. Par quel moyen réalisera-t-on le second, à savoir la demande de rétraction du jugement adressée au Tribunal ? L'art. 162 nous répond : « par la réitération avec constitution d'avoué par requête dans la huitaine. » La loi n'exigeant pas ici comme dans l'art. 160, que la requête d'opposition soit signifiée à avoué, l'opposition pourra donc être faite soit par acte du Palais, soit par exploit d'huissier, contenant constitution d'avoué et assignation (2). Tous les auteurs n'admettent pas cependant ce second mode de réitération ; ils font remarquer que la loi ne l'a pas prévu, même

(1) Carré op. cit. t. II quest 676 Chauveau sur Carré op et loc cit.

(2) Paris 30 décembre 87.

dans le cas où ce serait le plus utile : à savoir quand l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement est décédé ; ou ne peut plus postuler.

On peut répondre que la loi, dans l'alinéa 2 de l'art. 162, a pu vouloir faciliter l'opposition en permettant de la pratiquer par acte d'avoué à avoué, dans des cas où ce mode de procéder est plus pratique qu'un exploit d'huissier, notamment quand le domicile du demandeur est introuvable ou très éloigné, mais que ce n'est pas une raison pour conclure que l'acte d'avoué à avoué soit le seul mode admissible de réitération (1).

Pour être valable, la réitération de l'opposition doit être faite dans la huitaine de la signification de l'acte extra-judiciaire ou de la déclaration sur l'acte d'exécution. Ce délai est-il franc ? Nous ne le pensons pas. Il peut y avoir incertitude cependant sur le point de savoir si le *dies a quo* doit être compté dans le délai, mais sans aucun doute le *dies ad quem* ne doit pas y être compris, puisque, d'après l'article 162, la réitération doit être faite *dans la huitaine* (2).

Tous les auteurs admettent que ce délai doit être augmenté à raison de la distance qui peut exister entre le domicile du défaillant et la ville où siège le tribunal. Peut-être faut-il admettre, en sens opposé, qu'en cas d'urgence le Tribunal peut, sur la demande de la personne qui a obtenu gain de

(1) M. Garsonnet, op. cit. t. V, p. 459, note 16.

(2) Chauveau, sur Carré, op. cit. t. II, quest. 678, note. M. Garsonnet, op. cit. t. V, p. 440, contra Pigeau, op. cit. t. I, p. 546, Carré, op. cit. t. II, quest. 678.

cause, ordonner au défaillant de réitérer son opposition dans un plus bref délai (1).

L'art. 162, dans son second alinéa, prévoit le cas où l'avoué du demandeur ne peut plus postuler et il accorde dans cette éventualité une augmentation de délai. « Si l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement est décédé, ou ne peut plus postuler, elle fera notifier une nouvelle constitution d'avoué au défaillant lequel sera tenu dans les délais ci-dessus, à compter de la signification, de réitérer son opposition par requête avec constitution d'avoué ». Ainsi, dans le cas où l'avoué du demandeur viendrait à cesser ses fonctions, le délai pour réitérer opposition ne courra que du jour de la notification de la constitution du nouvel avoué.

Cette disposition étant placée dans l'art 162 qui traite de l'opposition aux jugements par défaut faute de comparaître, on s'est demandé si, par analogie, on doit exiger du demandeur dont l'avoué a cessé ses fonctions, une nouvelle constitution d'avoué pour faire courir le délai de l'opposition, en cas de jugement par défaut faute de conclure. Nous avons vu que la question ne saurait faire de doute. Il n'y a pas de raison de traiter la partie contre laquelle un jugement par défaut faute de conclure a été pris, autrement que le défaillant de l'art. 162.

Malgré les termes absolus de l'art 162, peut-il se rencontrer des circonstances qui dispensent l'opposant de réitérer l'opposition ? Ce cas ne peut-il pas se produire, par exemple, si avant le délai pendant lequel la réitération doit être faite, le demandeur avait lui-même assigné l'opposant devant

(1) Bioche, op. cit. n° 262.

le tribunal, afin de faire statuer sur le mérite de l'opposition ? Dans cette hypothèse, dit un arrêt de la cour d'Amiens, « l'instance ayant été liée entre les parties, le vœu de la loi a été rempli. » Cet arrêt s'appuie uniquement sur la théorie suivante : En fixant un délai de huit jours pendant lequel la réitération de l'opposition doit être faite, le législateur a eu seulement en vue l'intérêt du créancier. Mais celui-ci est libre de renoncer à la faveur qu'il lui est accordée. C'est ce qu'il a fait, dans notre hypothèse, en assignant le débiteur qui n'avait pas réitéré son opposition. (1)

On a fait remarquer que si cette théorie était exacte, on devrait admettre une solution identique, dans le cas où le demandeur n'aurait assigné l'opposant, qu'après l'expiration du délai fatal. Or, personne n'a osé aller jusque-là, à cause des termes trop absolus de l'art. 162.

L'art. 162 n'exige pas, comme l'art. 151, que l'opposant spécifie les moyens sur lesquels il fonde son opposition. Il n'en faut pas conclure qu'il ne soit pas nécessaire d'indiquer ces moyens, et il faudrait même considérer comme rigoureusement nulle, dans le cas d'un jugement par défaut faute de comparaître, comme dans celui d'un jugement par défaut faute de conclure, toute opposition qui ne s'appuierait pas sur des moyens précis (2). Quelle raison y a-t-il, en effet, de procéder différemment dans ces deux cas analogues et pour arriver à un même but ?

N'exige-t-on pas d'ailleurs en matière commerciale et en

(1) Amiens, 20 mars 1869, (D. R. v^o jug. par défaut n^o 131).

(2) Contra Delaporte, op. cit. t. 1, p. 167.

justice de paix, où il s'agit comme dans notre hypothèse, de jugements par défaut de conclure, que l'opposition soit motivée ? Sans doute l'art. 162 ne réédite pas la disposition de l'art. 161, mais ne faut-il pas voir là simplement une inadvertance du législateur, surtout si l'on prend soin de remarquer que dans le projet primitif les art. actuels numérotés 160, 161, 162 n'en formaient qu'un, l'art 154, et qu'alors, par conséquent, la disposition de l'art. 161 s'appliquait au cas prévu par l'art 162.

Le dernier alinéa de l'article 162 nous semble enfin fournir un argument décisif en faveur de notre opinion. Il est ainsi conçu : « dans aucun cas les moyens d'opposition fournis postérieurement à la requête n'entreraient en taxe. » N'est-ce pas dire clairement que si l'on veut que les moyens d'opposition entrent en taxe, il est nécessaire de les énoncer dans la requête (1) Remarquons ici en passant, relativement au dernier alinéa de l'art. 162, que les moyens fournis postérieurement à la requête, bien que n'entrant pas en taxe, peuvent cependant servir de base à l'opposition au moment des plaidoiries, l'opposant, ayant, en effet, toujours le droit de notifier ses conclusions. Mais sans aucun doute l'opposant ne devrait pas être admis à faire valoir en plaidant, les moyens qu'il n'aurait pas fait connaître, soit dans sa requête d'opposition, soit dans des conclusions postérieures.

La nécessité de motiver l'opposition s'impose à tous

(1) M. Garsonnet. op. cit., t. V, p. 460.

opposants, pour les jugements par défaut faute de comparaître comme pour les jugement par défaut faute de conclure, à l'Etat, aux administrations publiques, par exemple. Le ministère public qui forme opposition à un jugement par défaut faute de conclure doit également énoncer les moyens d'opposition (1).

A l'égard du ministère public, la question ne peut sans doute se poser pour les jugements par défaut faute de comparaître, puisqu'il est généralement admis que le ministère public ne fait jamais défaut que faute de conclure (2).

Il va sans dire que pour arrêter court les actes d'exécution, l'acte d'opposition doit être valable. Serait donc de nul effet, toute opposition signifiée par un exploit d'huissier ne remplissant pas les conditions exigées pour ce genre d'actes, ou déclarée sur un acte d'exécution, par une personne n'ayant pas qualité pour agir. Serait aussi de nul effet, toute opposition valablement signifiée ou déclarée, mais réitérée après les délais fixés par l'art. 462, ou d'une façon irrégulière.

L'art. 462 dispose que lorsque le délai fixé pour la réitération est expiré, « l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de le faire ordonner ». Le créancier peut donc, par exemple, à l'expiration du délai, continuer des poursuites de saisie mobilière qu'il avait interrompues devant la déclaration d'opposition *non réitérée*, et le saisi n'aurait aucun droit à réclamer des dommages intérêts au poursuivant, qui, malgré l'opposition formée, a fait vendre des effets saisis.

(1) Bordeaux, 12 août 1834.

(2) M. Garsonnet, *op. cit.* t. V, p. 360.

En est-il de même et le créancier pourrait-il commencer ou continuer les poursuites, dans le cas où l'opposition aurait été *réitérée tardivement* ? Malgré les termes en apparence formels de l'art. 162, la question est assez vivement controversée. Point de doute cependant quand l'opposition, tardivement réitérée, avait été déclarée sur un acte d'exécution. On dit que, dans ce cas, le demandeur a montré toute la diligence nécessaire en commençant les poursuites, et qu'il n'avait pas à les arrêter devant une opposition réitérée d'une façon irrégulière.

Mais ne doit-on pas admettre une solution opposée dans le cas où l'opposition, tardivement réitérée, avait été formée par acte extrajudiciaire. Le demandeur n'est-il pas en faute de n'avoir pas exécuté plus tôt le jugement de façon à rendre la réitération impossible. C'est ce que de nombreux arrêts ont décidé ; pour eux l'art. 162 « ne doit s'entendre que du cas où l'exécution aura été commencée, puisqu'après avoir dit que l'opposition ne serait plus recevable, il ajoute : « et l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de le faire ordonner. Si ce même article porte que l'opposition pourra être formée par acte extrajudiciaire, ce n'est que dans le cas d'un commencement d'exécution (1) ». Il faudrait donc conclure de là qu'une opposition à un jugement par défaut, bien que non renouvelée dans le délai de huitaine fixé par l'art. 162, pourrait cepen-

(1) Metz, 12 fév. 1818. Bourges 12 fév. 1832, Rennes 6 janv. 1836. Douai 27 août 1842. (D. R. V^o Jug. par défaut, n^o 257.) Voy. aussi Carré, op. cit., t. II, quest. 642.

dant être réitérée après ce délai, si le demandeur n'avait pas exécuté le jugement. En résumé, d'après cette théorie, le demandeur pourrait dès le lendemain de l'expiration du délai de l'art. 162, prier le Tribunal de rejeter l'opposition non réitérée par requête; mais s'il négligeait d'agir ainsi, et si le défaillant avait le temps de faire la réitération prescrite par la loi, cette réitération, quoique tardive, devrait être considérée comme valable.

Ce raisonnement, quoique spécieux, n'est rien moins que concluant; il dénature l'art. 162. Aux termes de cet article, en effet, passé le délai de huitaine, « l'opposition ne sera plus recevable. » N'est-ce pas dire clairement que la requête d'opposition, après l'expiration du délai de l'art. 162, doit être considérée comme non avenue. (1)

Quoiqu'il en soit d'ailleurs, il est évident que tant que l'exécution du jugement par défaut n'est pas consommée, ou du moins poussée au point indiqué par l'art. 159, le défaillant qui a tardivement réitéré l'opposition faite par exploit d'huissier, peut renouveler valablement cet acte extrajudiciaire, à charge toutefois de réitérer son opposition par requête dans la huitaine de ce dernier acte (2); seulement il va sans dire que si celui qui a obtenu le jugement demande le rejet de l'opposition, avant que l'opposant ne se soit mis en règle, l'opposition doit être rejetée.

(1) Req. 3 fév. 1864. Chauveaus. Carré op. et loc. cit., Boncenne op. cit. t. III p. 103.

(2) Carré op. cit. t. II, quest. 651. Bioche op. cit. n° 224.

Dans l'instance qui s'engage sur l'opposition, le demandeur, doit-il opposer la tardiveté de l'opposition *in limine litis*, comme la plupart des exceptions de procédure, ou le peut-il même après avoir conclu sur le fond? Nous pensons qu'à la différence des nullités de forme, qui doivent être proposées *in limine litis*, les déchéances établies par la loi, au cas où tel ou tel acte de procédure n'a pas été fait dans le délai prescrit, sont proposables en tout état de cause : la nullité de l'opposition, résultant de sa non réitération dans le délai fatal de l'art. 162, peut être opposée même après les conclusions au fond. La déchéance de l'art. 162 peut même être invoquée pour la première fois en appel (1). La règle que nous admettons est si formelle qu'une opposition tardive doit être considérée comme non recevable « alors même qu'elle serait fondée sur ce que le jugement se trouverait frappé de nullité, comme rendu, par exemple, avant l'expiration du délai de comparution déterminé par la loi, cette nullité ne pouvant être demandée que par la voie de l'opposition (2).

SECTION II

Contre les jugements des tribunaux de commerce.

Nous étudierons successivement les formes de l'opposition

(1) Cass. 1^{er} juillet 1874.

(2) Cass. 13 fév. 1865, (D. R. V^o Jugement par défaut n^o 137.)

en matière commerciale contre les jugements par défaut faute de conclure, puis contre les jugements par défaut faute de comparaître.

On sait qu'aux termes des art. 444 C. pr. et 627 c. com., le ministère des avoués est interdit devant les Tribunaux de commerce. Malgré cela et malgré l'ambiguïté de l'art. 643, nous avons admis plus haut, avec la majorité des auteurs et des arrêts, que l'art. 436 c. pr. n'avait pas été abrogé, et que les jugements par défaut faute de conclure existent toujours en matière commerciale. Dans quelle forme pourra-t-on donc faire opposition dans cette sorte de jugements? Avant toute réponse, il faut observer que l'exécution des jugements par défaut n'est suspendue, devant les tribunaux de commerce, que pendant un jour, et non pendant huit jours, comme en première instance et devant la cour d'appel. Observons aussi qu'il ne peut rien y avoir d'analogue, en cette matière, à l'art. 160 C. pr. L'opposition peut être faite, soit au moment de l'exécution, soit par exploit d'huissier.

Lorsque l'opposition est faite au moment de l'exécution par une déclaration faite sur le procès-verbal de l'huissier, ce n'est pas dans la huitaine, comme en matière civile pour les jugements par défaut faute de conclure, mais bien dans les trois jours, qu'elle doit être réitérée par exploit d'huissier. Cet exploit doit contenir assignation et être fait dans le délai prescrit, à peine de nullité. Tout ce que nous venons de dire résulte de l'art. 438 C. pr. ainsi conçu ;
' L'opposition faite à l'instant de l'exécution, par déclaration sur le procès-verbal de l'huissier arrêtera l'exécution, à

charge par l'opposant de la réitérer dans les trois jours, passé lequel délai elle sera censée non avenue. »

Le second mode d'opposition est prévu par l'art 437 qui dispose : « L'opposition contiendra les moyens de l'opposant, et assignation dans le délai de la loi ; elle sera signifiée au domicile élu. » Aux termes de cet article, l'opposition peut donc aussi être faite par exploit d'huissier contenant assignation et signifiée au domicile élu. La signification pourra-t-elle avoir lieu au domicile réel ? Il faut sans aucun doute l'admettre, bien que la loi n'en parle pas, parce qu'elle offre au moins autant de garantie que l'autre (1).

Comme en matière civile, le législateur exige que l'exploit contienne les moyens d'opposition ; il ne veut pas qu'en matière commerciale, où la procédure doit être rapide, l'exécution d'une condamnation justement prononcée puisse être retardée trop longtemps. D'ailleurs, aucune formule sacramentelle n'est exigée ; inutile de recourir aux mots d'opposition ou d'opposant ; on considère comme opposition, le recours introduit dans les délais fixés par la loi, devant le Tribunal qui a rendu le jugement attaqué et demandant l'annulation de ce jugement (2).

Nous avons vu que l'art. 438 proclame non avenue l'opposition déclarée sur un acte d'opposition, mais tardivement réitérée ; l'art. 437 ne renferme aucune disposition analogue pour le cas où l'exploit de l'huissier ne contiendrait pas les moyens ou ne donnerait pas assignation, ou serait signifié ailleurs

(1) Rodière, op. cit. t. II. p. 12.

(2) Trib. Com. Seine, 29 octob. 1886.

qu'au domicile réel ou élu du défaillant; malgré tout, il faut ici suppléer à la loi, et décider qu'une pareille opposition ne produit aucun effet, et que les poursuites exercées malgré elle, sont valables,

Le délai accordé par l'art. 438 pour réitérer l'opposition l'augmente à raison de la distance qui existe entre le lieu où se défaillant est domicilié et celui où la réitération de l'opposition doit être faite.

L'art. 438 est applicable, nous croyons bon de le remarquer, aussi bien aux arrêts qu'aux jugements par défaut rendus en matière commerciale. En conséquence l'opposition a un arrêt par défaut rendu sur l'appel d'un jugement du tribunal de commerce, doit être, à peine de nullité, réitéré dans les trois jours.

Nous avons examiné une opinion d'après laquelle, en matière civile, certains actes pourraient être parfois équivalents à la réitération de l'opposition : de ce nombre est l'assignation en débouté d'opposition, donnée par le demandeur avant que le délai de réitération ne soit expiré ; nous avons exprimé des doutes sur la justesse de cette opinion : la même question se pose, en matière commerciale, et est résolue dans un sens opposé au nôtre par un parti imposant dans la doctrine (1).

Contre un jugement par défaut faute de comparaître rendu en matière commerciale, l'opposition est recevable, nous l'avons dit, tant que le jugement n'a pas été complètement exécuté, ou poussé jusqu'au point indiqué par l'art. 159 c. pr.

(1) Voyez notam. Bioche op. cit. n° 283, M. Garsonnet, op. cit. t. V. p. 466,

Le défendeur préviendra l'exécution par une opposition faite dans les formes prévues pour les jugements par défaut faute de conclure, c'est-à-dire, soit par exploit d'huissier motivé et contenant assignation, soit par déclaration faite au moment de l'exécution.

Toutes les règles que nous avons exposées relativement aux formes de l'opposition aux jugements par défaut, en matière civile, conviennent, sauf les exceptions que nous venons de signaler au cours des paragraphes précédents, à la procédure commerciale : nous n'insisterons donc pas davantage sur cette matière.

SECTION III

Contre les Jugements par défaut des Tribunaux de paix et des conseils de prud'hommes.

Nous avons fait remarquer plus haut que les jugements faute de conclure n'existent pas devant les tribunaux de paix, et que le ministère des avoués n'est pas en usage auprès de cette juridiction. Nous consacrerons donc ce paragraphe à l'examen des formes de l'opposition aux jugements par défaut faute de comparaître.

Cette matière est réglée par le second alinéa de l'art. 20 c. pr. ainsi conçu : « L'opposition contiendra sommairement les moyens de la partie et assignation au prochain jour d'au-

dience, en observant toutefois les délais prescrits pour les citations : elle indiquera les jour et heure de la comparution et sera notifiée ainsi qu'il est dit ci-dessus ».

En justice de paix, l'opposition aux jugements par défaut a donc lieu, en vertu de l'art. 20, par exploit d'huissier contenant les moyens de l'opposant. Cette dernière formalité est-elle prescrite à peine de nullité ? Beaucoup de bons esprits le pensent : une opposition non motivée, disent-ils, a un caractère blessant pour le juge qui a rendu la sentence attaquée ; elle peut être préjudiciable aux intérêts de la partie qui a obtenu le jugement. Devant le tribunal civil, on admet que l'opposition qui n'est pas faite dans les formes prescrites ne suspend pas l'exécution : pourquoi en serait-il autrement devant les tribunaux de paix ? D'ailleurs en disposant que l'opposition *contiendra les moyens de la partie*, la loi n'exprime-t-elle pas clairement que l'opposition doit être considérée comme non avenue quand elle n'est pas ainsi faite ? (1).

Aux yeux de quelques auteurs, ces raisons ne sont pas concluantes. Aucune disposition légale, pas plus la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, que l'art. 20 c. pr., ne prononce la nullité d'une opposition qui n'a pas été motivée. Or, d'après l'art. 1030, on ne doit annuler un acte de procédure qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Sans doute le titre 2 du code de procédure attache la peine de la nullité à une omission de ce genre ; mais il est relatif aux tribunaux civils

(1) Pigeau, op. cit. t. I, p. 40. Allain et Carré, manuel encyclopédique des juges de paix, n° 2495. Bourbeau, Justice de Paix n° 496. Rousseau et Laisné, Dictionnaire de Procédure, v° Juge de Paix n° 114.

et non aux tribunaux de paix, juridiction « toute paternelle, rapide, sommaire et nullement formaliste ». En résumé, s'il est utile de motiver l'opposition ce n'est nullement indispensable, car on ne peut pas dire que ce soit une formalité substantielle, constitutive de l'opposition (1).

D'après le code de procédure, l'opposition à un jugement par défaut doit être notifiée par l'huissier du juge de paix ou par un autre que ce juge a commis. Cela résulte implicitement de ce que l'art. 20 prescrit que l'opposition sera faite avec « assignation, (le texte devrait dire citation) au prochain jour d'audience ». Or, en vertu de l'art. 4 c. pr. « toute citation doit être notifiée par l'huissier de la justice de paix au domicile du défendeur : en cas d'empêchement, par celui qui est commis par le juge ». Mais cette disposition législative a été modifiée par l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838, aux termes de laquelle « tous les huissiers d'un même canton auront le droit de donner toutes les citations et de faire tous les actes devant la justice de paix. Dans les villes où il y a plusieurs justices de paix, les huissiers exploitent concurremment dans le ressort de la juridiction assignée à leur résidence. Tous les huissiers du même canton seront tenus de faire le service des audiences et d'assister le juge de paix toutes les fois qu'ils en seront requis ».

Il nous semble qu'il faut conclure de cette disposition que l'opposant n'est plus tenu de s'adresser à l'huissier de la jus-

(1) M. Garsonnet op. cit. t. V. 456. Décision de Justice de Paix du 1^{er} arrondis. de Paris, 19 janv. 872.

tice de paix, mais bien à l'un des huissiers qui résident dans le canton du défendeur à l'opposition.

D'ailleurs même avant la loi du 25 mai 1838, la jurisprudence était en notre sens, et un arrêt de la cour de Cassation déclarait que l'exploit d'opposition, à un jugement par défaut rendu par un juge de paix, était valable, bien qu'il eût été notifié par un autre huissier que celui du juge de paix. (1)

L'exploit d'huissier contenant opposition, doit être signifié au domicile réel ou élu du défendeur à l'opposition, et l'on s'accorde à reconnaître que cette prescription est requise à peine de nullité, car les conditions imposées par la loi pour qu'un acte parvienne sûrement au destinataire, doivent être considérées comme des formalités essentielles. En revanche, on regarde comme une formalité accessoire, dont l'omission n'entraînerait pas la nullité de l'acte, l'énonciation du jour de la comparution,

On s'est demandé s'il est possible de faire opposition, comme à l'égard des jugements rendus par les tribunaux civils, sur un acte d'exécution ? La question ne peut se poser, puisqu'il est admis qu'en justice de paix, on ne peut former opposition après le délai fixé par l'art. 20, et que dans le cours de ce délai l'exécution n'est pas possible. Il est donc évident que l'on ne peut former opposition sur un acte d'exécution effectué après le délai de trois jours et il est impossible d'exécuter le jugement durant ce même délai. (2)

(1) Cass. 6 juillet 1814, *Contra Carré op. cit. t. I. quest. 95*, M. Garsonnet, *op. cit. t. V. p. 456*

(2) M. Garsonnet, *op. cit. t. v. p. 457*.

On peut concevoir un acte d'opposition contenant citation à comparaître dans un délai fort long ; on sait, en effet, que si le délai de citation ne peut pas être moindre qu'un jour, il peut être plus long ; le défendeur à l'opposition sera-t-il donc tenu d'attendre patiemment que le délai soit expiré. Son intérêt est trop grand, quand il s'agit de faire tomber une opposition à un jugement par défaut, pour qu'il se désigne à rester dans l'inaction et le plus souvent, pour abréger le délai, il assignera lui-même l'opposant, comme il lui est loisible, à l'audience la plus proche (1).

Nous pensons que l'on doit admettre la validité de l'opposition faite par le défaillant au moyen de simples conclusions écrites, ou même présentées verbalement à la barre. A plus forte raison, admettrons-nous que l'exécution est arrêtée dans l'hypothèse suivante : à une première audience le défendeur a exposé ses moyens ; l'affaire ayant été remise, il fait alors défaut, mais il signifie un acte d'opposition n'énonçant aucuns moyens, mais se référant aux moyens déjà déduits devant le juge de paix ; pour nous, cette opposition est valable (2).

C'est l'art. 42 du décret du 20 février 1810 qui règle les formes de l'opposition aux jugements par défaut rendus par le conseil des prud'hommes. Aux termes de cet article, « cette opposition contiendra sommairement les moyens de la partie, et assignation au premier jour de séance du conseil des prud'hommes, en observant toutefois les délais prescrits pour les citations ; elle indiquera en même temps les jour et heure de

(1) Carré op. cit. t. V. quest. 93 sexes.

(2) Pigeau op. cit. t. I p. 40.

la comparution. » On le voit, les formes de cette opposition sont les mêmes que celles de l'opposition contre les jugements par défaut des tribunaux de paix.

Mais contrairement à ce que nous avons admis en matière de justice de paix, nous reconnaissons ici le droit de former opposition par une simple déclaration faite sur un acte d'exécution. Suivant une opinion généralement reçue, en effet, les jugements des conseils de prud'hommes peuvent être exécutés avant que le délai fixé par l'article 42 du décret du 20 février 1810 soit expiré : il est donc rationnel de donner au défaillant le moyen d'arrêter immédiatement les actes d'exécution.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE L'OPPOSITION

Nous avons déjà eu l'occasion de dire quelques mots de effets de l'opposition en traitant de ses formes et de la sanction que la loi attache à sa régularité. Il nous faut y revenir avec plus de détail. Les textes relatifs à cette importante matière sont peu nombreux, et surtout peu explicites. C'est d'abord le dernier alinéa de l'art. 159 c. pr, ainsi conçu : « L'opposition formée dans les délais et dans les formes prescrites *suspend l'exécution*, si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition. » L'article 161 que nous avons déjà analysé, et relatif, on se le rappelle, aux jugements par défaut faute de conclure, se borne à dire que l'opposition qui ne sera pas signifiée dans les formes voulues, *n'arrêtera pas* l'exécution.

L'art. 162 statuant à l'égard des jugements par défaut faute de comparaître, après avoir établi la forme et le délai de l'opposition ajoute : « passé lequel temps elle ne sera plus

recevable et l'exécution sera *continué*e sans qu'il soit besoin de le faire ordonner. » Enfin en matière commerciale, cette question est réglée par l'art. 438 c. pr. : aux termes duquel, « l'opposition faite à l'instant de l'exécution par déclaration sur le procès-verbal de l'huissier *arrêtera* l'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer dans les trois jours par exploit contenant assignation, passé lequel temps elle sera censée non avenue ».

Nous avons dit plus haut que toute opposition contient en réalité deux actes ; l'un par lequel le défaillant *refuse d'exécuter le jugement*, l'autre par lequel il *s'adresse au tribunal et le prie de modifier sa sentence*. Ces deux actes produisent deux effets bien distincts : l'une que l'on peut appeler *effet suspensif*, l'autre que nous appellerons, *effet dévolutif*, celui-ci mettant le juge en demeure de statuer à nouveau sur l'affaire : celui-là empêchant de continuer les mesures d'exécution commencées ou d'en entreprendre de nouvelles.

SECTION I

Effet suspensif de l'opposition

Les textes que nous avons cités dans un paragraphe précédent, ne laissent aucun doute sur l'effet suspensif de l'opposition ; ils disent tous que l'opposition arrête l'exécution commencée ; il n'est pas besoin d'insister sur la prudence et la

logique de cette règle ; le jugement rendu peut, en effet, être annulé, et une exécution intempestive risquerait de causer au défaillant un préjudice irréparable, en cas d'insolvabilité de son adversaire ; n'est-il pas préférable de surseoir à l'exécution du jugement, que de poursuivre une exécution qui, peut-être, devra être annulée ?

Ainsi dès que l'acte d'opposition a été fait, celui qui a obtenu le jugement doit arrêter immédiatement les poursuites qu'il avait déjà pu commencer, et jusqu'au nouveau jugement, il doit s'abstenir de toute nouvelle poursuite. Si, au mépris de l'opposition, il s'avisait de continuer, les actes ainsi pratiqués par lui seraient nuls, quand bien même la sentence abusivement exécutée serait confirmée dans la suite. On a objecté qu'aucun texte ne prononçait cette nullité, et que l'art. 1030 défendait de suppléer aux nullités qui ne sont pas formellement prescrites par la loi. — Il faut répondre que l'art. 1030 s'applique seulement aux nullités de forme, tandis que, dans notre cas, il s'agit d'une nullité de fond.

En continuant les poursuites, nonobstant l'opposition, celui qui a obtenu le jugement engage d'ailleurs gravement sa responsabilité personnelle, et il peut être condamné à des dommages et intérêts en vertu de l'art. 1382 C. C. De même qu'un jugement confirmatif ne validerait pas les actes irrégulièrement faits, comme nous l'avons vu, de même un tel jugement ne permettrait pas d'échapper à l'obligation de réparer le préjudice causé.

L'effet suspensif de l'opposition s'applique à tous les jugements par défaut, tant aux jugements définitifs qu'aux ju

gements provisoires, préparatoires ou interlocutoires, et même à ceux que le tribunal aurait à tort qualifiés de jugements par défaut. Le demandeur aurait évidemment, dans ce dernier cas, la ressource de demander, par un simple acte, l'exécution provisoire. Il faut admettre, en sens inverse, que si un jugement par défaut était mal à propos qualifié de contradictoire, l'opposition n'aurait nullement l'effet d'arrêter les poursuites, sauf au défendeur à solliciter des *défenses* par une assignation à brefdélai (1).

Nous avons vu que pour produire ses effets, l'opposition doit être valablement formée, et quand il y a lieu, réitérée en temps utile. La partie qui a obtenu le jugement n'est pas tenue d'arrêter ses poursuites devant une opposition irrégulière. Elle n'est tenu de les arrêter, que si l'opposant vient soutenir devant le juge des référés, que son opposition est valable. En agissant ainsi, l'opposant engage d'ailleurs sa responsabilité, et peut être condamné à des dommages et intérêts, si le tribunal estime que l'opposition était tardive ou irrégulière.

§1 L'effet suspensif ne se produit pas en cas d'exécution provisoire,

L'effet suspensif ne se produit pas non plus lorsque le jugement est déclaré exécutoire par le tribunal de première instance ou par le juge de paix. Cela résulte, pour le tribu-

(1) M. Garsonnet op. cit. t. V. p. 479.

nal civil, du dernier alinéa de l'art. 155 c. pr., en vertu duquel les juges pourront « dans le cas seulement où il y aurait péril en la demeure, ordonner l'exécution nonobstant l'opposition, avec ou sans caution, ce qui ne pourra se faire que par le même jugement, » et pour les juges de paix, de l'art. 12 de la loi du 25 mai 138, ainsi conçu : « s'il y a péril en la demeure, l'exécution provisoire pourra être ordonnée sur la minute du jugement avec ou sans caution, conformément aux dispositions de l'art. précédent. »

En matière commerciale, où cependant la célérité est toujours recherchée, il semble rationnel de reconnaître au tribunal le droit d'accorder l'exécution provisoire. Mais il faut se rendre à l'évidence, ce droit ne lui est pas attribué ; d'une part, en effet, l'article 643 C. Com. dans les renvois qu'il fait à certains articles du Code de procédure, ne mentionne pas l'art 155 ; et d'autre part, il résulte des travaux préparatoires du code de procédure que le Conseil d'Etat n'a pas voulu compléter l'art 438, en permettant aux tribunaux de commerce d'ordonner l'exécution provisoire des jugements par défaut, nonobstant toute opposition (1).

On admet généralement, qu'en matière de faillite, l'opposition n'a pas d'effet suspensif ; cela résulte, dit-on, de l'art. 442 c. com., en vertu duquel le jugement déclaratif de la faillite et le jugement ultérieur qui fixe la date de la cessation des paiements « sont affichés et insérés par extrait dans les journaux, tant du lieu où la faillite a été déclarée que de tous

(1) Locré commentaire des codes français t. XXI p. 513.

les lieux où le failli aura des établissements commerciaux. »

Cet article ordonne d'une façon peu claire, il est vrai, l'exécution provisoire des mesures de publicité (1).

Ce n'est qu'exceptionnellement que le tribunal pourra ainsi accorder l'exécution provisoire nonobstant opposition, au cas seulement où il y aurait péril en la demeure, c'est-à-dire en cas d'urgence absolue, par exemple, s'il s'agissait de la réparation d'un immeuble menaçant ruine, qui serait demandée par un locataire. On sait de plus, qu'en règle générale, les juges n'ont pas à prendre de mesures d'office dans l'intérêt d'une partie ; il faut donc en conclure que l'exécution provisoire, nonobstant opposition, ne peut être valablement accordée qu'à la requête du demandeur. (2)

L'exécution provisoire ne peut être ordonnée quand le jugement par défaut doit être exécuté contre un tiers. On conçoit, en effet, qu'un grave préjudice pourrait être causé dans ce cas, et que la responsabilité personnelle de celui qui a obtenu le jugement serait souvent impuissante à le réparer.

L'exécution nonobstant opposition, diffère sur plusieurs points de l'exécution provisoire nonobstant appel : tandis que cette dernière ne peut être accordée, quand elle est facultative, même avec caution, que dans les cas limitativement déterminés par la loi, celle-là au contraire peut toujours être ordonnée, même sans caution, pourvu que les conditions dont nous venons de parler dans le paragraphe précédent, soient

(1) MM. Lyon Caen et Renault op. cit. t. II p. 627 note 2.

(2) M. Garsonnet op. cit. t. V p. 481.

exactement remplies ; l'une est toujours facultative, l'autre est parfois obligatoire pour le juge.

On sait que les jugements par défaut ne peuvent être exécutés que huit jours après qu'ils ont été signifiés, qu'ils soient en premier ou en dernier ressort. On sait aussi, qu'en cas d'urgence, le tribunal peut ordonner l'exécution avant l'expiration de ce délai, « dans les cas prévus par l'art. 435 » c'est-à-dire dans les cas où l'exécution provisoire des jugements rendus contradictoirement en premier ressort, peut être ordonnée nonobstant appel. Il y a une certaine analogie entre l'exécution provisoire et cette *exécution des jugements par défaut dans les huit jours qui suivent la signification*.

Elles diffèrent cependant en ceci, que la première peut-être ordonnée dans tous les cas, tandis que la seconde ne peut être accordée que dans certains cas limitativement déterminés.

L'analogie qui existe entre ces deux sortes d'exécution fait naître la question suivante : Lorsque le tribunal a accordé à la partie qui a obtenu le jugement par défaut le droit d'exécuter ce jugement avant l'expiration de la huitaine de la signification, en résulte-t-il le droit de poursuivre l'exécution nonobstant opposition ? La négative paraît certaine, parce que les conditions exigées par la loi sont plus rigoureuses, quand il s'agit d'ordonner l'exécution provisoire nonobstant opposition, que quand il s'agit de l'exécution du jugement dans les huit jours de sa signification ; l'art. 455 c. pr., en effet, exige que la première ne soit ordonnée que quand *il y a péril en la demeure*, tandis que la seconde peut l'être *dans tous les cas urgents*. Dès lors pourquoi supposer que le tri-

bunal, qui a permis l'exécution d'un jugement dans les huit jours de la signification, a par là même enlevé à l'opposition son effet suspensif ? (1)

Doit-on dire, en sens inverse, que la disposition par laquelle les juges autorisent l'exécution provisoire, nonobstant opposition, contienne implicitement le droit d'exécuter dans la huitaine de la signification ? Il semble que l'affirmative ne soit pas douteuse, puisque nous avons vu que les conditions d'exercice de ce dernier droit, sont moins rigoureuses que celles du premier. Cependant la négative est généralement admise ; une exécution trop rapide d'un jugement ne devant pas avoir lieu, dit-on, sans une permission spéciale du juge (2).

Jusqu'à quel moment l'exécution provisoire peut-elle être ordonnée ? Elle peut l'être sans aucun doute dans le jugement même qui est rendu par défaut ; le tribunal peut aussi surseoir à statuer sur la demande d'exécution provisoire, tant que l'opposition n'a pas été formée, et ne l'accorder que dans un second jugement rendu avant que l'opposition ne soit jugée. Mais l'exécution provisoire pourrait-elle être demandée pour la première fois lors du jugement qui statue sur l'opposition, et le tribunal qui aurait omis de prononcer l'exécution provisoire qui avait été sollicitée de lui, pourrait-il alors réparer son oubli ? c'est là une question dont la solution dépend de celle de savoir, si l'opposition a ou non pour effet d'anéantir les jugements.

(1) Rodière op. cit. t. 1 p. 299. M. Garsonnet op. cit. t. V. p. 483.

(2) « « et loc. cit. « « « et loc. cit.

SECTION 2. — *Effet dévolutif de l'opposition*

Nous avons dit qu'indépendamment de son effet suspensif l'opposition avait aussi un effet dévolutif, c'est-à-dire qu'elle mettait le tribunal en demeure de statuer à nouveau sur l'affaire. Il en est ainsi même quand l'opposant ne se présente pas pour soutenir les moyens d'opposition qu'il a fait signifier ; c'est un devoir pour le juge d'examiner d'office ces moyens et de se rendre compte de leur valeur ou de leur inanité.

Il va sans dire que pour étudier l'effet dévolutif de l'opposition, nous nous placerons dans le cas d'une opposition régulière. En effet, lorsque l'opposition est entachée d'un vice de forme, il paraît certain qu'elle ne peut produire aucun effet sur le jugement par défaut ; elle est censée n'avoir jamais existé et ce jugement conserve toute sa force,

Dans quelle mesure le juge peut-il modifier le jugement par défaut ? Le peut-il seulement au profit de l'opposant ou bien même en faveur de celui qui a obtenu le jugement ? Autrement dit, l'opposition a-t-elle pour résultat de remettre les parties dans une situation identique à celle où elles se trouvaient avant ce jugement en l'anéantissant ? C'est là une des questions les plus controversées du code de procédure civile.

§1. — *Rôle joué par les parties dans la seconde instance.*

Avant de l'examiner, il nous faut établir quelques principes admis par tous et quelle que soit la solution adoptée. L'opposition régulière en la forme remet les parties au même état où elles étaient avant le jugement par défaut ; le défendeur reste défendeur, puisque l'opposition est une voie de rétractation et que la seconde instance, s'ouvrant devant les mêmes juges, n'est que la continuation de la première ; et le demandeur qui forme opposition conserve aussi son rôle.

Les deux instances n'en formant pour ainsi dire qu'une, on en a conclu que l'avoué qui a occupé pour le demandeur dans la première, doit également lui prêter son concours dans la seconde ; et encore qu'une femme mariée autorisée à plaider, par exemple, comme demanderesse, n'a pas besoin d'une nouvelle autorisation pour suivre l'instance, dans le cas où le jugement qu'elle a obtenu serait frappé d'opposition (1).

En matière d'appel, nous croyons que les principes sont différents. Il est admis qu'il faut la même capacité pour appeler d'une sentence que s'il s'agissait d'introduire une nouvelle demande ou d'y défendre : Une femme mariée, autorisée à ester en justice, aurait donc besoin d'une nouvelle autorisation en cas d'appel pour pouvoir continuer à plaider.

Il est reconnu par tous que le défaillant a le droit d'atta-

(1) M. Garsonnet op. cit t. V p. 478,

quer le jugement par défaut sur tous les points, tant au fond que sur l'exécution provisoire. Il peut solliciter du tribunal la défense de continuer les poursuites avant qu'il n'ait été statué sur le fond. Il a d'ailleurs le droit d'invoquer toutes les exceptions auxquelles il n'a pas renoncé, les exceptions *ratione materiæ* par exemple.

A l'égard des exceptions *ratione personæ*, la question est plus douteuse, car on peut se demander, si ces exceptions n'ont pas été converties, par cela seul que le défendeur a fait opposition devant le tribunal dont il dénie la compétence. Il semble qu'il faille répondre à cette question par la négative ; il est admis, en effet, qu'un défendeur assigné devant un tribunal incompétent *ratione personæ*, ne couvre pas ce déclatoire d'incompétence en comparaisant devant ce tribunal. Pourquoi en serait-il autrement dans le cas où ce défendeur ferait opposition devant le tribunal qu'il juge incompétent ? (1).

Le tribunal devant lequel une affaire revient sur opposition a, pour statuer, la même latitude que si l'affaire se présentait pour la première fois devant lui ; c'est ainsi qu'il peut, à raison de faits postérieurs au premier jugement, accorder au demandeur des dommages et intérêts qu'il avait cru devoir lui refuser lors de ce jugement. Mais aurait-il le même droit si de nouveaux faits ne s'étaient pas produits ? C'est là une question à laquelle on ne peut répondre avant d'étudier la controverse dont nous avons parlé relativement à l'effet dévolutif de l'opposition.

(1) M. Garsonnet op. cit. t. V. p. 478.

§ 2. — *L'opposition anéantit-elle le jugement qu'elle frappe ?*

Pour beaucoup d'auteurs éminents, le tribunal ne peut en cas d'opposition modifier son jugement qu'en faveur de l'opposant. L'opposition est, selon eux, une mesure de faveur accordée à celui-ci. Elle a pour but de le rétablir dans la même position que s'il n'avait jamais été condamné ; il peut donc faire valoir ses moyens de défense en toute liberté, et le juge doit les examiner avant de rendre sa nouvelle sentence.

La situation n'est pas la même pour le demandeur ; sa demande et les moyens qui l'appuient ont déjà été consciencieusement examinés, puisque l'art. 450 c. pr. prescrit de n'adjuger ses conclusions à la partie qui le requiert, que si elles paraissent justes et bien vérifiées.

Dès lors pourquoi remettre en question, devant le juge, des conclusions qui n'ont été adjugées qu'en connaissance de cause ? Si le défendeur avait comparu, le tribunal ne pourrait évidemment pas, une fois le jugement rendu, changer sa sentence sous prétexte d'erreur ou de mal jugé, pourquoi en serait-il autrement quand le défendeur a fait défaut, puisque le jugement n'en a pas moins été rendu contradictoirement avec le demandeur (1).

Analysons donc ce qui doit se passer quand le tribunal n'adjugé pas au demandeur toutes ses conclusions, soit parce qu'il a rejeté une partie de la demande, soit parce qu'il a omis de statuer sur l'un des chefs de cette demande.

(1) Carré op cit. t. II quest. 620

Supposons, pour fixer les idées, que l'exécution provisoire ait été demandée et refusée, comment voudrait-on que le tribunal revienne sur ce qu'il a jugé ne pas devoir être accordé, parce que le demandeur ne se trouvait pas dans les conditions voulues?

La question n'a-t-elle pas été jugée contradictoirement par rapport à ce dernier? Qu'importe après que cela que le défendeur forme opposition au jugement? Cette opposition a bien pu remettre en question « la condamnation prononcée contre lui faute de se défendre, mais non la décision rendue en sa faveur sur un des chefs de la demande dirigée contre lui (1).

Même solution dans le cas où le tribunal, au lieu de refuser d'autoriser l'exécution provisoire, a seulement omis de la prononcer.

Sans doute on ne peut pas dire que, dans ce cas, il y ait chose jugée contre le demandeur; néanmoins personne ne doute que si le défendeur ne faisait pas opposition au jugement qui autorise l'exécution provisoire, le tribunal ne pourrait pas ajouter à sa sentence, sous prétexte qu'il a commis une omission. Si, au lieu de rester dans l'inaction, le défendeur défaillant fait opposition à sa condamnation, le demandeur sera toujours sans droit de demander une addition au jugement par défaut. Le tribunal n'aura toujours qu'à statuer s'il y a lieu de débouter de l'opposition formée contre son jugement, tel qu'il a été prononcé, mais il ne pourrait plus rien y changer ou y ajouter (2).

(1) En ce sens Toulouse 16 août 1825

(2) Carré op. cit. et loc. cit. En ce sens Orléans 23 juillet 1818. (D. R. Vo Jug. par défaut, n° 336).

Une question connexe à la précédente est celle de savoir si la partie qui a obtenu le jugement, serait recevable à venir poser sur l'opposition des conclusions additionnelles, à venir demander, par exemple, l'exécution provisoire qu'elle n'avait pas sollicitée lors du jugement par défaut. La réponse ne fait pas de doute dans le système que nous exposons, et cela pour une double raison ; d'abord pour un motif sur lequel nous sommes déjà étendus longuement : à savoir que le tribunal ne peut rien ajouter à ce qu'il a jugé ; et ensuite parce que l'art 436 dispose que « si les Juges ont omis de prononcer l'exécution provisoire, ils ne pourront l'ordonner par un second jugement sauf aux parties à le demander en appel. » C'est là, dit-on, une application faite par le législateur lui-même du principe précédent (1).

On peut ajouter aux considérations générales que nous venons de présenter, que le texte et l'esprit du code de procédure paraissent favorables à l'opinion d'après laquelle l'opposition n'annule pas le jugement contre lequel elle est formée ; *son texte* : car les art... 455, 459, 464, 435, 438 ne parlent jamais que de la suspension de l'exécution du jugement ? (2) *son esprit*, car en permettant au juge d'accorder l'exécution provisoire nonobstant opposition, le législateur a clairement montré qu'il subsiste quelque chose du jugement frappé d'opposition, puisque le néant ne peut produire aucun effet, et qu'il est contraire à la raison qu'un jugement qui n'existe pas puisse s'exécuter provisoirement. Ajoutons que

(1) Bruxelles 1 décembre 1816 Bordeaux 30 avril 1833 (D. R. V^o cit. n^o 338).

(2) M. Garsonnet op. cit. p. 484. M. Glasson note dans D. P. -90-1-70.

l'appel qui est une voie de recours de même nature que l'opposition, n'anéantit pas le jugement qu'il frappe et que l'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement pour l'opposition(1).

Quels sont donc les effets de l'opposition dans le système que nous venons d'exposer, et qui est soutenue dans la doctrine par les auteurs les plus éminents ?

Elle n'a pas seulement pour effet d'arrêter les actes d'exécution commencés ; elle rend conditionnelle la validité des poursuites exercées avant qu'elle n'ait eu lieu ; sans doute les poursuites ont été légitimement faites, néanmoins leur sort est lié à celui du jugement en vertu duquel elles ont été faites ; et elles sont valables ou nulles, selon que ce jugement doit être maintenu ou rapporté. Peut-être même faut-il aller plus loin et décider que ce n'est qu'à ses risques et périls que la partie qui a obtenu un jugement par défaut le fait exécuter, tant que sa force exécutoire n'est que conditionnelle. Dans le cas où le jugement viendrait à être réformé sur l'opposition, cette partie devrait être considérée comme ayant commis une faute et en conséquence comme passible de dommages et intérêts.

Ce qui est certain, c'est que si l'on admet que l'opposition n'anéantit pas le jugement contre lequel elle est formée, il faut en conclure que lorsque ce jugement est maintenu, les actes d'exécution qu'il avait permis de faire, se trouvent rétroactivement validés. Il suffit que le nouveau jugement soit signifié à l'opposant pour que les poursuites puissent être

(1) M. Garsonnet *op. et loc. cit.*

valablement reprises sur les derniers errements (1).

Il est non moins certain que dans cette théorie on peut, nonobstant l'opposition, prendre toutes les mesures conservatoires nécessaires, telles qu'une inscription hypothécaire ou qu'une saisie-arrêt (2).

Il est tellement vrai, a-t-on dit, que le jugement par défaut continue à subsister malgré l'opposition, que le Tribunal peut très bien justifier le jugement de débouté d'opposition, par un simple renvoi aux motifs qu'il avait donnés à l'appui du premier jugement, et il est aussi régulier d'appeler du premier que du second jugement (3).

Cette opinion n'est pas toutefois admise par l'unanimité des arrêts, et il a été jugé à plusieurs reprises qu'il est nécessaire d'appeler du second jugement, et que l'appel du premier n'est pas suffisant, quand même on aurait spécifié qu'en attaquant le premier jugement on entend aussi attaquer le second (4). Etant donnée l'incertitude qui règne sur ce point dans la jurisprudence, il paraît prudent, en pratique, d'appeler à la fois des deux jugements.

Nous venons de passer en revue les principaux arguments qui servent de base au système d'après lequel l'opposition n'anéantit pas le jugement contre lequel elle est formée, et nous avons vu les conséquences de ce système. L'opinion adverse est admise depuis longtemps par l'unanimité des arrêts.

(1) Dijon 21 janvier 1886.

(2) Rennes 5 janvier 1813.

(3) M. Garsonnet op. cit. t. V. p. 485. — Req. 25 avril 1801.

(4) Bruxelles 21 avril 1824. — Rouen 27 mai 1834.

L'opposition régulière en la forme, disent les partisans de cette dernière opinion, remet en question tout ce qui a été jugé, non seulement en faveur du défaillant, mais même à l'égard de celui qui a obtenu le jugement : en un mot, elle fait évanouir la sentence. Le demandeur peut donc modifier ses conclusions, en toute liberté, et le tribunal doit faire droit à tous les chefs de sa nouvelle demande, sans qu'il soit nécessaire de la rapprocher de la première, ni de s'inquiéter si elle en diffère.

Quand une affaire a été mise au rôle, que les parties ont comparu, puis conclu, rien n'empêche le demandeur, pendant le temps qui s'écoule avant les plaidoiries, de modifier ses conclusions et de demander, par exemple, l'exécution provisoire, qu'il n'avait pas sollicitée tout d'abord. Pourquoi ne pourrait-il pas en être de même quand la cause, au lieu d'avoir été mise au rôle sur la première assignation donnée au défendeur, n'y a été placée qu'après qu'un jugement par défaut a été rendu contre lui? La situation n'est-elle pas la même? (1)

D'ailleurs, que de complications dans la doctrine adverse! On refuse au tribunal le droit d'accorder dans le second jugement l'exécution provisoire, par exemple, quand il l'a refusée lors du jugement par défaut; on lui refuse également ce droit, quand il a commis seulement une omission, bien que, dans ce cas, il n'y ait pas chose jugée à l'égard du demandeur; mais on le lui reconnaît dans le second jugement rendu

(1) Carré op. cit. t. II quest. 620.

après que l'opposition a été formée et avant qu'elle n'ait été jugée, pourvu que, sur la demande d'exécution provisoire qui était sollicitée de lui, dans la première instance, il ait déclaré qu'il y avait lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'opposition fût formée.

De telles complications sont regrettables ; il faudrait les admettre néanmoins, si elles étaient exigées par les vrais principes. Mais qu'avance-t-on pour les expliquer ? On dit que le jugement par défaut a été contradictoire vis-à-vis du demandeur, et qu'il y a chose jugée par rapport à lui. Or, nous le demandons, peut-on dire qu'un jugement ait été rendu contradictoirement à l'égard d'une partie, quand son adversaire n'a pas été entendu ? Peut-on raisonnablement refuser au demandeur le droit d'augmenter ses conclusions, sous prétexte de chose jugée, quand ces conclusions n'ont pas été contredites ?

Nos adversaires, ajoute-t-on, invoquent en leur faveur le texte de la loi : l'art 159 du code de procédure, dit, il est vrai, que l'opposition *suspend* l'exécution du jugement par défaut qu'elle frappe ; d'où l'on pourrait déduire en toute rigueur, que ce jugement continue à subsister, et qu'il reprend toute sa force si le défaillant est débouté de son opposition.

Mais pour tirer une pareille déduction de l'emploi du mot *suspend*, il faudrait démontrer que le législateur a réellement voulu donner à ce mot sa signification normale ; or le contraire est certain : ce mot est souvent employé en droit dans le sens de : *ne court pas*. C'est ainsi que dans le code civil, une section du titre de la prescription est intitulée : *Des causes qui suspendent*

le cours de la prescription ; or il est avéré que la plupart des articles de cette section, s'occupent de cas où la prescription ne peut même pas commencer à courir.

Il est facile de répondre à l'argument d'après lequel l'appel, voie de cours analogue à l'opposition, n'anéantissant pas le jugement contre lequel il est interjeté, il doit en être de même de l'opposition ; en effet un argument d'analogie a, en général, peu de force probante, parce que les hypothèses dans lesquelles on le place n'ont souvent qu'une similitude apparente. Cela est surtout vrai dans l'hypothèse où nous nous plaçons, car dans une instance, la position de l'appelant est tout à fait différente de celle de l'opposant ; celui qui interjette appel devient en effet nécessairement demandeur, même s'il a joué le rôle de défendeur en première instance, parce qu'il prétend que le tribunal de première instance a mal jugé, et qu'il demande à la juridiction du second degré la réformation de la sentence rendue contre lui ; en cas d'opposition au contraire, les parties conservent respectivement le rôle qu'elles avaient dans la première instance, parce que « l'opposant ne prétend pas que le tribunal a mal jugé, mais bien plutôt qu'il a jugé sans avoir entendu les deux parties. » Il demande donc à faire connaître sa prétention. Personne ne conteste que tel soit un des effets de l'opposition, et cet effet ne peut pas s'expliquer, si l'on admet seulement que l'opposition suspend l'exécution du jugement ; il faut nécessairement que ce jugement soit anéanti si on veut que, dans tous les cas, les parties conservent leur rôle (1).

(1) Note dans D P 86-2-63.

Quelle que soit la force de ce dernier argument, il faut reconnaître qu'il est difficile d'expliquer, dans ce second système, comment un jugement anéanti par une opposition, peut néanmoins s'exécuter provisoirement quand le tribunal l'autorise. Ce n'est pas l'expliquer suffisamment que de dire : « la décision du juge paraît, dans ce cas, une espèce de saisie arrêt, ou plutôt de mesure conservatoire qui conserve ses effets, malgré l'opposition du défaillant, et qui fait remonter les effets du jugement définitif au moment où elle a été permise (1). »

Quelles sont donc les conséquences auxquelles conduit la seconde opinion que nous venons d'exposer, et qui, malgré certaines incertitudes, nous paraît devoir être admise ? Le demandeur a le droit de modifier ses conclusions dans le sens qui lui convient, par conséquent d'augmenter ou de restreindre sa demande (2). Il peut non seulement émettre de nouvelles prétentions, mais même reprendre la partie de ses conclusions premières rejetées par le tribunal : par l'exemple, demander à nouveau des dommages et intérêts qui lui avaient été refusés. Rien n'empêchera non plus le demandeur dont la procédure n'a pas été régulière, de régulariser cette procédure, dès que l'opposition aura été formée.

L'opposition remet tellement en question tous les chefs de la demande, qu'un tribunal ou une cour a le droit de statuer sur tous ces chefs, alors même que l'opposition n'aurait conclu que sur une partie des questions litigieuses. Ainsi, si l'on

(1) Chauveau sur Carré op. cit. t II quest. c61.

(2) Civ. Cass. 6 mars 1839.

suppose qu'une cour a repoussé une demande en interdiction, il faut reconnaître à cette cour le droit de statuer sur toutes les questions relatives au fond, bien que l'opposition à cet arrêt n'invoque que des vices de forme (1).

Bien plus l'anéantissement du jugement par défaut est si absolu, qu'il est superflu de statuer sur les irrégularités et moyens de nullité dont cette décision peut être entachée, comme ayant été rendue, par exemple, contre une femme qui n'était pas suffisamment autorisée par son mari (2).

Le demandeur pourra-t-il procéder malgré l'opposition, à une saisie arrêt, à une inscription hypothécaire? On sait qu'il est généralement admis que la saisie arrêt est une mesure conservatoire, et ne devient une mesure d'exécution, que lorsque le jugement de validité a attribué au saisissant les sommes saisies, et lui a donné le droit de contraindre le tiers saisi à se libérer entre ses mains. On sait aussi que non seulement la saisie arrêt peut être formée en vertu d'un jugement susceptible d'appel, mais, d'après la jurisprudence la plus récente, même en vertu d'un jugement frappé d'appel. L'opposition régulière en la forme, ayant pour objet de remettre les parties, au même état où elles se trouvaient avant le jugement par défaut, il faut répondre par la négative à notre question.

Quant aux actes d'exécution déjà faits, l'opposition les annule, les meubles ou les immeubles saisis, par exemple, ren-

(1) Paris, 28 juin 1872, (D. R. V. Jug. par défaut, n° 631).

(2) Nancy 16 février 1877.

trent dans la libre disposition du défendeur, et le demandeur qui obtient la confirmation du jugement qui lui a donné gain de cause, doit les recommencer à partir du premier.

Ainsi les inscriptions hypothécaires doivent être renouvelées, les poursuites recommencées, ce qui entraînera, il ne faut pas se le dissimuler, des frais considérables. Le tribunal pourra les faire retomber, il est vrai, sur le défendeur qui a mal à propos fait opposition; mais c'est une atténuation insuffisante à un mal très réel,

Il semble que le tribunal, dans le second jugement, devra statuer à nouveau sur l'exécution provisoire; dans l'opinion opposée, on admet généralement que si le premier jugement a ordonné l'exécution provisoire sans caution, cette disposition s'étend de plein droit au jugement confirmatif qui devient ipso facto, exécutoire immédiatement sans caution (1). Mais cette solution ne peut se concilier avec la doctrine de l'anéantissement du jugement par l'effet d'opposition. Sans doute cette doctrine ne peut méconnaître que le tribunal a le droit d'accorder l'exécution provisoire nonobstant opposition, mais les conséquences de ce droit, ne s'étendront pas au delà du premier jugement.

Il est inutile d'ajouter que le tribunal doit motiver le second jugement, et qu'il ne peut se borner à un renvoi aux motifs qu'il a donnés à l'appui du premier. Si l'on veut interjeter appel, il faut et il suffit de mentionner le second jugement dans l'acte d'appel.

(1) M. Garsonnet op. cit. t. v. p. 485. Paris, 25 nov. 1848.

En matière de faillite, une question intéressante s'élève : le jugement déclaratif peut-il être rapporté si des ressources sont survenues au commerçant déclaré en faillite, et si ses créanciers ont été désintéressés.

Non, sans aucun doute, disent les partisans de l'opinion adverse : de quel droit un tribunal réformerait-il un jugement qui, en définitive, a été bien rendu, puisqu'il repose sur la constatation exacte d'un fait qui a réellement eu lieu. D'ailleurs rapporter dans de telles circonstances le jugement déclaratif, ce serait méconnaître manifestement l'esprit de la loi. Le législateur a voulu donner des garanties efficaces aux créanciers absents, ou qui n'ont pu se faire connaître. Croit-on que l'intérêt de ces créanciers qui n'ont pas été avertis de la faillite, ne sera pas sacrifié, si l'on permet au failli de remettre la main sur son actif, à la seule condition qu'il prouve que les créanciers poursuivants ou présents ont été payés ?

En réalité, en autorisant ainsi le failli à faire réformer le jugement qui l'a frappé, on violera les art. 507 et suivants du code de Commerce qui exige que le concordat satisfasse à certaines conditions de fond et de forme. On violera aussi l'art. 597 du même code, aux termes duquel « le créancier qui aura stipulé, soit avec faillie, soit avec toutes autres personnes des avantages particuliers, à raison de son rôle dans les délibérations de la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif de la faillite, sera puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année, et d'une

amende qui ne pourra être au-dessous de 2000 francs. (1) »

La jurisprudence admet tout naturellement la solution contraire : « L'opposition, dit la cour de Cassation, a pour effet de faire tomber le jugement par défaut et de remettre en question le point litigieux ; dès lors pour la déclaration de faillite, c'est au moment où il est statué contradictoirement que l'état de cessation de paiement doit être constaté. »

Signalons une dernière conséquence de l'effet extinctif de l'opposition. On sait, qu'aux termes de l'art. 455 c. pr., les appels des jugements susceptibles d'opposition ne sont pas recevables pendant la durée du délai de l'opposition, et que cette règle s'applique sans aucun doute à la partie défaillante. Si l'opposition a pour effet d'anéantir de plein droit le jugement par défaut, il est nécessaire de reconnaître que cette règle s'applique aussi à la partie qui a obtenu le jugement : car, d'une part, l'art. 455 c. pr. se borne à proscrire tout appel durant le temps pendant lequel l'opposition est recevable, sans faire aucune distinction entre les parties auxquelles la voie de l'appel est ouverte, et d'autre part, il semble impossible de déférer à la juridiction supérieure, un jugement par défaut qui est exposé à chaque instant à être anéanti par une opposition (2).

§ 3. — *Exceptions au principe que l'opposition ne profite qu'à celui qui l'a formée.*

L'anéantissement du jugement par l'opposition est-il si

(1) MM. Lyon-Caen et Renault op. cit. t. II, n° 2638.

(2) Poitiers, 16 nov. 1880 et note dans D. P. 1882-2-7.

absolu, qu'il puisse profiter même aux cointéressés de l'opposant qui sont restés dans l'inaction? En d'autres termes, quand plusieurs personnes ont plaidé ensemble, ont fait défaut et ont perdu leur procès, quel est l'effet de l'opposition formée par une seule d'entre elles?

On peut se demander si l'opposition d'une seule partie suspendra, erga omnes, l'exécution du jugement par défaut, ou seulement à l'égard de l'opposant, et si dans le cas d'un jugement par défaut de conclure, la signification faite par une seule des parties qui ont obtenu le jugement, fera courir, au profit de toutes, le délai de l'opposition.

Certains auteurs pensent que, d'une part, l'opposition doit profiter à toutes les parties, aussi bien à l'opposant qu'à ses co-intéressés, et qu'elle arrête erga omnes les actes d'exécution, car un jugement qui n'existe plus ne saurait produire aucun effet; que, d'autre part, la signification d'un jugement par défaut faite de conclure par l'une des parties seulement suffit pour faire courir au profit de toutes le délai d'opposition. En effet l'opposition ayant pour but de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement, il n'est pas admissible, qu'après la huitaine de la signification, un tiers puisse encore faire opposition et, par conséquent, remettre en question ce qui était jugé à l'égard d'une partie, tandis que le jugement est devenu définitif à l'égard de l'autre. Ne serait-ce pas augmenter à plaisir les frais que d'obliger chaque partie à signifier le jugement de son chef (1)?

(1) Voir sur cette quest., Carré, op. cit. t. II. quest. 655.

Cette opinion est généralement repoussée, même en admettant que l'opposition profite à celui qui a obtenu le jugement par défaut, en ce sens qu'il peut modifier ses conclusions ; on ne voit ici aucune raison sérieuse de faire bénéficier de l'opposition, une partie qui a négligé de la former et de déroger à la règle *jure vigilantibus subveniunt*. En conséquence l'opposition formée par l'un de plusieurs co-débiteurs, co-créanciers, co-possesseurs ou co-propriétaires doit être considérée, à l'égard des co-intéressés, comme *res inter alios acta*. De même, chaque partie n'agissant que dans son intérêt, celle qui n'a point fait signifier le jugement, ne doit point profiter de la signification faite par l'autre partie (1).

Les principes que nous venons de poser souffrent trois exceptions : en cas de solidarité, en cas d'indivisibilité et en matière de garantie.

En matière solidaire, tous les co-intéressés non seulement les demandeurs solidaires, mais même les défendeurs solidaires, sont mandataires à l'égard les uns des autres ; la signification faite à l'une des parties produit donc effet, même à l'égard des autres, de même que l'opposition de l'un profite aux autres. Il n'en n'est toutefois ainsi que quand les moyens d'opposition invoqués sont des exceptions réelles, *rei coherentes*, c'est-à-dire des exceptions résultant de la nature de l'obligation et pouvant être opposées pour le tout par tous les co-débiteurs indistinctement, celles fondées sur la nullité de l'obligation par exemple, ou sur son extinction, par paie-

(1) Carré, op. cit. et loc. cit.

ment, novation, prescription; etc. Que si l'opposition était basée sur une exception personnelle, *personæ cohærens*, une solution différente devrait être évidemment admise, puisque cette exception ne peut être opposée pour le tout que par celui des co-débiteurs dans la personne duquel elle a pris naissance; et seulement dans la mesure de sa portion, par les autres.

En matière indivisible, l'effet de l'opposition est absolu. L'indivisibilité n'est en effet qu'une espèce de solidarité, mais une solidarité très complète; car tandis que les cas de solidarité sont des créations juridiques, qui auraient très bien pu ne pas exister, les cas d'indivisibilités ont pour fondement la nature même des choses, et l'on ne conçoit même pas leur inexistence. Il est donc matériellement impossible, quand l'instance est indivisible, d'exécuter contre une partie le jugement par défaut frappé d'opposition par une autre partie; quant à la signification du jugement faite à l'un des débiteurs, elle fait courir le délai d'opposition contre tous.

En matière de garantie, on peut se demander si le garant a le droit de former opposition au jugement rendu par défaut contre lui, et dans le cas de l'affirmative, quel est l'effet de cette opposition; on a dénié ce droit au garant en disant qu'il n'était pas admissible que le demandeur qui a obtenu une condamnation définitive et contradictoire à l'égard du défendeur, risque de voir anéantir cette condamnation par l'opposition d'un tiers dont les droits sont tout différents (1).

(1) Chauveau sur Carré op. cit. t. III, quest. 1581 quater.

La cour de cassation a répondu à cette objection, en faisant observer « que les condamnations prononcées contre le garant, étant la suite et la conséquence de celles prononcées contre les défendeurs au principal, et dépendant nécessairement de la légitimité de ces dernières, le garant a pu légalement former opposition au jugement qui prononçait ces condamnations principales et en remettre le fondement en question, puisque de l'anéantissement des dispositions du jugement sur le principal, dépendait sa libération de la garantie (1) » Ces considérations paraissent décisives ; les intérêts du garant étant étroitement liés à ceux du garanti, quand le premier a fait défaut, il paraît de toute justice de le mettre à même de se défendre. Rien ne doit pouvoir le priver de faire opposition au jugement qui lui fait grief, pas même l'acquiescement du garanti et il semble qu'il faille décider que sur l'opposition du garant, le tribunal peut rétracter en entier le premier jugement par défaut par lui rendu sa faveur du demandeur principal (2).

(1) Cass. 1^{er} mai 1830.

(2) Cass., rej. 11 mai 1839 (D. R. V. exceptions n^o 551) Civ. cass. 12 avril 1843 (D. R. V. cit. n^o 479), Pau, 22 nov. 1839 (D. P. 81-2-204).

CONCLUSION

Nous avons terminé le rapide exposé que nous avons entrepris de faire de la législation actuellement existante, en matière d'opposition aux jugements par défaut. Il montre suffisamment de quelles garanties le code a entouré le droit de la défense, et par quelles minutieuses précautions il a cherché à éviter les jugements obtenus par surprise.

On peut se demander toutefois si le législateur n'a pas dépassé le but, et si le souvenir des fraudes de l'ancien droit ne l'a pas amené à reconnaître, d'une façon trop large, le droit d'opposition. Sans doute les plaideurs doivent avoir toute latitude pour se défendre; mais ce n'est pas une raison pour retarder indéfiniment l'issue des procès, pour mettre les demandeurs presque dans l'impossibilité d'obtenir un jugement définitif, pour nuire en un mot au bon fonctionnement de la justice. S'il est nécessaire de permettre aux plaideurs de faire valoir devant les tribunaux tous les moyens à l'appui de leur cause, il est non moins indispensable que le cours

de la justice soit rapide, et que le droit d'opposition soit renfermé dans les limites raisonnables.

Il semble possible de supprimer le droit d'opposition à l'égard des jugements par défaut faute de conclure. Celui qui a constitué avoué, ne peut, en effet, prétendre ignorer la demande qui est formée contre lui. Il suffit de lui laisser un délai assez long pour préparer sa défense et pour rassembler ses preuves (1).

En matière de jugements par défaut faute de comparaître, au contraire, la faculté d'opposition semble de toute nécessité devoir être maintenue ; certaines législations l'ont cependant supprimée, même dans le cas (2), non sans quelque imprudence, croyons-nous.

Mais est-il bien nécessaire d'attendre, pour fermer la voie de l'opposition, qu'un acte d'exécution ait été nécessairement connu de la partie défaillante ? N'est-il pas un peu puéril de dire que l'acte par lequel le demandeur a porté à la connaissance de son adversaire défaillant l'existence du jugement rendu contre lui, ne marque pas assez nettement la volonté d'arriver aux voies de rigueur ? Dès lors pourquoi ne pas fermer la voie de l'opposition au défaillant, quelques jours après qu'il a eu connaissance du jugement par une signification faite à sa personne ? (3)

(1) On a vu plus haut que c'est en ce sens que s'est prononcée la Commission chargée d'étudier le projet de révision du Code de Procédure.

(2) Voy. notamment le Code de Procédure Italien (art. 494 et suiv) qui a supprimé l'opposition, en la remplaçant par une réassignation, par huissier commis, après laquelle le jugement est toujours réputé contradictoire. Voy. aussi le projet de révision du Code de procédure Belge.

(3) Voy. projet de révision du Code de procédure Français ; voy.

Enfin quand le défaillant a fui, qu'il est introuvable, qu'on ne sait où sont ses biens, il paraît indispensable d'organiser une procédure offrant des garanties sérieuses, sans doute, mais permettant d'assurer le respect des décisions judiciaires.

Sur ces divers points, comme sur beaucoup d'autres, le code de procédure a vieilli, et a besoin de subir d'importantes modifications : souhaitons que le législateur ne les fasse pas trop attendre

aussi les art. 136 et suiv. de la loi du 29 septembre 1819 pour le canton de Genève.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — Les mots « κλειδῶν υποβολή » dont Plutarque se sert quand il indique les cas dans lesquels la répudiation de la femme fut autorisée par Romulus, doivent être pris comme synonymes de « οἶνον πινεῖν ».

II. — Avant la loi des 12 Tables, le mari peut répudier sa femme sans l'intervention d'aucun tribunal domestique.

III. — On doit entendre l'assertion des historiens romains d'après laquelle Spurius Carvilius Ruga fut le premier qui usa du divorce, en se sens qu'il fut le premier à répudier sa femme pour cause de stérilité.

IV. — Sous Auguste, le libellus repudiî n'est pas un *actus legitimus*.

PROCÉDURE CIVILE

I. — En cas de jugement par défaut faute de comparaître, un procès verbal de carence signifié à la personne du défaillant, suffit pour fermer la voie de l'opposition, si aucun des modes d'exécution prévus par l'art. 459 c. pr. n'est possible.

II. — L'opposition à un jugement par défaut faute de comparaître, tardivement réitérée, n'empêche pas de commencer les poursuites.

III. — L'obligation de réitérer l'opposition devient inutile lorsque l'opposition est formée par un acte contenant constitution d'avoué et assignation.

IV. — La règle que les jugements rendus après réassignation contre deux ou plusieurs parties dont l'une a fait défaut, ne sont plus susceptibles d'opposition, s'applique même à l'égard de celle des parties, qui n'a fait défaut que lors du second jugement.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. En prescrivant que dans la vente, la remise des arrhes donne naissance à un contrat spécial, qui place les parties

dans l'alternative ou de parfaire la vente ou de perdre une somme égale à la valeur des arrhes, Justinien n'a pas entendu régler l'effet des arrhes dans une vente sans écrit.

II. Même avant Marc Aurèle, le mariage contracté entre les affranchies et les sénateurs, en violation des lois Julia et Papia Poppœa, était radicalement nul.

III. La *minima capitis deminutio* se produit quand une personne change de famille, sans perdre ni la liberté ni la cité ; elle n'implique pas nécessairement un amoindrissement de la capacité antérieure.

IV. Le texte dans lequel le jurisconsulte Paul (L. 12 C. De pign. et hyp.) reconnaît le droit d'hypothéquer les servitudes rurales, statue sur une servitude établie, et non sur une servitude à établir.

DROIT FRANCAIS

I. — Si dans l'intervalle entre le contrat de mariage, et le mariage, l'un des époux transforme ses immeubles en valeurs mobilières, ces valeurs mobilières tombent dans la communauté.

II. — Les donations prohibées par l'art. 1422 C. C. deviennent valables, quand elles sont faites par le mari avec le concours de sa femme.

III. — Le bail confère au preneur un droit purement personnel.

IV. — Pour qu'un contrat soit formé, il ne suffit pas que la pollicitation ait été acceptée, il faut en outre que celui dont elle émane ait eu connaissance de l'acceptation.

DROIT COMMERCIAL

I. — La justice ne peut, à défaut ou sur le refus du mari, donner à la femme une autorisation générale de faire le commerce.

II. — Ce qui distingue les actions des intérêts, c'est la faculté de les céder sans l'assentiment des autres associés.

III. — Il peut être stipulé, dans les statuts d'une société que les actionnaires toucheront l'intérêt de leurs mises, même si la société ne fait pas de bénéfices ou éprouve des pertes.

IV. — Il n'y a pas lieu de rechercher, pour distinguer la *commission* du *mandat*, au nom de qui l'acte à accomplir doit être fait, mais bien s'il est ou non un acte de commerce.

Vu: par le président,
GARSONNET.

Vu: par le doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-recteur, de l'Académie de Paris.
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

Notions générales sur le droit d'opposition et histoire	3
CHAPITRE I — Quels jugements sont susceptibles d'opposition. . .	12
Section I. — Par leur nature même les décisions gracieuses ne sont pas susceptibles d'opposition.	13
Section II. — Des décisions contentieuses non susceptibles d'opposition.	17
§ 1. Jugements par défaut rendus sur opposition	17
§ 2. Jugements par défaut rendus après réassignation à la suite d'un jugement de défaut profit joint.	24
§ 3. Autres sentences non susceptibles d'opposition.	29
CHAPITRE II. — Du temps pendant lequel on peut former d'opposi- tion	3
Section I. — Du délai d'opposition en cas de jugement par défaut faute de conclure.	36
§ 1. Devant les tribunaux civils.	36
§ 2. Devant les tribunaux d'exception	40
§ 3. Inconvénients du droit d'opposition contre les jugements par défaut faute de conclure.	43
Section II. — Du temps pendant lequel l'opposition est rece- vable en cas de jugement par défaut faute de comparaître . .	45
§ 1. En matière civile et commerciale.	45
A. L'exécution consommée ferme la voie de l'opposition. .	47
B. Présomptions légales de l'art. 159.	48

C. Les actes d'exécution dont le défaillant a eu nécessairement connaissance ferment la voie de l'opposition. . .	53
D. L'exécution contre un tiers d'un jugement par défaut ferme-t-elle la voie de l'opposition?	59
E. Réformes à opérer en cette matière.	68
§ 2. En matière de divorce.	70
§ 3. En matière de déchéance de la puissance paternelle. .	76
§ 4. En matière de faillite	77
§ 5 En matière de justice de paix et de Conseils des prud'hommes.	81
CHAPITRE III. — Des formes de l'opposition.	85
Section I. — Contre les jugements par défaut faute de conclure en matière civile	85
Section II. — Contre les jugements par défaut faute de comparaître en matière civile.	91
§ 1. Questions controversées, Opposition formée par acte judiciaire	92
§ 2. Opposition formée par acte extrajudiciaire ou par déclaration sur les actes d'exécution.	94
Section III. — Contre les jugements par défaut des tribunaux de commerce.	103
Section IV. — Contre les jugements par défaut des tribunaux de paix et des conseils des prud'hommes.	107
CHAPITRE IV. Des effets de l'opposition.	113
Section I. — Effet suspensif de l'opposition.	114
§ 1. Il ne se produit pas en cas d'exécution provisoire. . .	116
Section II. — Effet dévolutif de l'opposition.	121
§ 1. Rôle joué par les parties dans la seconde instance. . .	122
§ 2. L'opposition anéantit-elle le jugement qu'elle frappe. .	124
§ 3. Exceptions au principe que l'opposition ne profite qu'à celui qui l'a formée.	136
CONCLUSION	141

TOURS, IMPRIMERIE E. SOUDÉE
